

Archiv

für die

Civilistische Praxis.

Siebenunddreißigster Band. Drittes Heft.

XIII.

Von der Berechnung der Falzidischen Quart bei Legaten aus Doppeltestamenten.

Von

Vangerow.

(Schluß des im vorigen Bande Nr. XII. abgebrochenen Aufsatzes.)

Wir haben bisher bei Behandlung des dritten Hauptfalls vorausgesetzt, daß der zum Pupillar-Substituten ernannte Miterbe auch wirklich die Erbschaft des testirenden Vaters annimmt. Es kann aber auch vorkommen, daß derselbe sich von der väterlichen Erbschaft lossagt, und es entsteht die Frage, welchen Einfluß diese Lossagung auf die Pupillar-Substitution und die in dem Doppeltestamente hinterlassenen Vermächtnisse äußert? Wir müssen auf diese Frage um so mehr eingehen, da hierbei gerade für die Berechnung der Falzidischen Quart theilweise Grundsätze zur Anwendung kommen, welche von Grund aus von denjenigen abweichen, die wir bisher in der hier behandelten Lehre als die leitenden kennen gelernt haben. Es müssen aber hierbei zwei Fälle unterschieden werden; es kann nämlich der zum Pupillar-Substituten ernannte Miterbe entweder ein heres extraneus sein, welcher die Erbschaft des

Vaters ausschlägt, oder ein suus heres, welcher sich von der väterlichen Erbschaft abstinirt.

I. Für den ersten Fall — wenn der zum Pupillar-Substituten ernannte Miterbe des Unmündigen ein heres extraneus ist — gilt der Grundsatz, daß der Substitut, welcher die Erbschaft des Vaters ausschlägt, auch die des Kindes nicht erwerben kann, und es versteht sich also von selbst, daß dieser Fall aus unserer Betrachtung ganz ausgeschieden werden muß; denn da der Substitut weder Erbe des Vaters noch des Kindes wird, so kann begreiflich von einer Verpflichtung desselben zur Zahlung von Legaten, und von einer Berechnung der Falzidischen Quart keine Rede sein. Daß aber der Substitut wirklich von der Erbschaft des Unmündigen ausgeschlossen ist, folgt schon aus dem allgemeinen Prinzip der l. 2. de acqu. v. om. hered. (29. 2):

„Sed etsi quis ex pluribus partibus in ejusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere,“ 1)

insbesondere aber aus dem m. E. ganz unzweideutigen speziellen Ausspruche Ulpian's in l. 10 §. 2. 3. de vulg. et pup. subst. (28. 6):

„Filio impuberi heredi ex asse instituto substitutus quis est, extitit patri filius heres; an possit substitutus separare hereditates, ut filii habeat, patris non habeat? Non potest, sed aut utriusque debet hereditatem habere, aut

1) Die Anwendbarkeit dieses Prinzips auf unsren Fall folgt daraus, weil der Pupillar-Substitut bekanntlich wie ein unter einer Bedingung eingesetzter Erbe des Vaters aufzufassen ist, und wenn also Jemand zugleich instituirt und einem Miterben pupillariter substituirt ist, so verhält es sich so, wie wenn er auf einen Theil der Erbschaft unbedingt, auf einen andren unter einer Bedingung eingesetzt wäre, l. 41 §. 6 de vulg. et pup. subst.: „Coheres impuberi filio datus eidemque substitutus legata e secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pure partem, et sub conditione partem alteram accepisset“; vgl. oben Bd. XXXVI. S. 347 fgg.

neutrius: juncta enim coepit hereditas esse. (§. 3.) Idemque est, si pater me heredem scripserit ex parte et filium ex parte, et ego patris hereditatem repudiavero, *nam neque filii hereditatem habere possum*," 2)

und damit stimmt denn auch die Entscheidung Justinian's in l. 20 C. de jure delib. (6, 30) vollkommen überein: „Placuit etenim nobis, sive in institutionibus, sive in pupillari substitutione, ut vel omnia admittantur vel omnia repudientur." 3)

Diese Quellenzeugnisse, besonders die l. 10 §. 3 cit., sind so klar und bestimmt, daß man sich nicht wundern kann, daß die herrschende Lehre von jeher den hier aufgestellten Grundsatz anerkannt hat. Dennoch lassen sich gegen denselben mehrere Gesetzesstellen anführen, die freilich regelmäßig entweder ganz übersehen, oder nur sehr

2) Diese Worte sprechen so deutlich und bestimmt den Satz aus, daß der Substitut, welcher die väterliche Erbschaft ausgeschlagen habe, auch nicht zur Pupillar-Erbschaft zuzulassen sei, daß man eine abweichende Auslegung kaum für möglich halten sollte. Doch hat Chesius Disser. jur. cap. XV (in Heineccii jurispr. Rom. et Att. II. p. 659 sq.) eine solche versucht. Er geht dabei von dem Grundsatz aus, daß ein Substitut allerdings nach Ausschlagung der väterlichen Erbschaft noch immer die pupillare antreten könne; wenn er dies aber thue, so finde er darin doch stets auch die väterliche, indem diese ja durch Anwachsung sich mit der pupillaren verbunden habe, und „wenn also der Substitut wirklich die bestimmte Absicht habe, der väterlichen Erbschaft ganz fremd zu bleiben, so dürfe er auch die pupillare nicht antreten"; dies sei allein der Sinn der Worte: et ego patris hered. repud. etc., und Ulpian habe nicht daran gedacht, dem Substituten die nachherige Erwerbung der pupillaren Erbschaft verbieten zu wollen. — Eine Widerlegung dieser mißrathenen Auslegung halte ich für überflüssig.

3) In l. 20 cit. wird freilich zunächst der Fall entschieden, wenn der Substitut die väterliche Erbschaft angetreten hat, und dann die pupillare repudiiren will. Aber die Schlußworte: ut vel omnia admittantur, vel omnia repudientur sind so allgemein gefaßt, daß sie auch unsren Fall in sich begreifen, und überdies ist von selbst klar, daß die Konsequenz die gleichheitliche Entscheidung beider Fälle dringend fordert.

flüchtig berührt werden, und es ist wohl der Mühe werth, dieselben einmal zusammenzustellen, und einer etwas genaueren Prüfung zu unterwerfen. Man kann nämlich:

1) hiergegen nicht ohne Schein die l. 76 §. 1 de acqu. v. om. her. geltend machen:

Javolen. „Item si tu sextantis, ex quo institutus esses heres, omiseris aditionem, numquid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses? Respondit: non dubito, quin, si prima institutione adeundo heres esse possim, in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut omittere[4] velim, aut vindicare."

Nach der schon seit der Glosse fast allgemein angenommenen Auslegung soll hier nämlich Javolen den Satz aussprechen, daß es demjenigen, welcher zugleich instituirt und vulgariter substituirt ist, gestattet sei, ex institutione auszuschlagen und dennoch ex substitutione anzutreten.[5] Wenn nun aber hiernach das Prinzip der l. 2 de acqu. v. om. hered. (Note 1) sogar im Fall der Vulgar-Substitution keine Anwendung leidet, so darf es doch wohl um so weniger im Falle der Pupillar-Substitution angewendet werden; denn daß in jenem Falle noch viel eher als in diesem gesagt werden kann, es sei

---

4) Dies ist die Lesart der Vulg. und der Hal., während in der Flor. steht: amittere. Die nachfolgenden Erörterungen werden den Beweis liefern, daß die letzte Lesart schlechthin verwerflich ist.

5) Diese ganz allgemein angenommene Auslegung habe auch ich selbst bisher vertheidigt, und nur für die substitutio reciproca nahm ich ebenfalls mit der herrschenden Lehre wegen l. 41 §. 4 de vulg. et pup. subst. die Ausnahme an, daß mit der Ausschlagung der Institutions-Portion auch der Anspruch aus der Substitution erlösche; vgl. mein Lehrb. Bd. II. §. 451 Anm. 3 S. 175 (6. Aufl. S. 206). Wie Leist observ. ad fr. 76 §. 1 de acqu. v. om. hered. Jen. 1853 p. 4 meine Worte so mißdeuten konnte, als wenn ich die l. 76 §. 1 cit. auf den Fall beschränken wollte, wenn gerade nur ein einziger Substitut ernannt sei, ist mir in der That nicht wohl begreiflich; ich glaube bestimmt genug auf den Gegensatz zwischen wechselseitiger und einseitiger Substitution hingewiesen zu haben.

nur eine Erbschaft in verschiedenen Theilen vorhanden, leuchtet von selbst ein.[6]) Niemand wird bei schärferer Betrachtung das Gewicht dieser Argumentation verkennen, indem sich schwerlich aus innern Gründen eine verschiedene Behandlung der Vulgar- und der Pupillar-Substitution in Betreff unserer Frage rechtfertigen läßt. Da aber nur die Entscheidung, welche wir bei der Pupillar-Substitution in den Gesetzen finden, der Rechtskonsequenz entspricht, während die für die Vulgar-Substitution angenommene Bestimmung in offensichtlichem Widerspruch mit allgemeinen Grundsätzen steht:[7]) so ist jene

6) Gerade durch diese Betrachtung wird auch Chesius zu seiner wunderlichen Auslegung der l. 10 §. 3 de vulg. et pup. subst. getrieben, s. oben Note 2. Er faßt nämlich den angeblichen Ausspruch der l. 76 §. 1 cit., daß auch nach Ausschlagung der Institutions-Portion ein Rückgriff auf die Substitutions-Portion gestattet sei, als die Regel des Rechtes auf, und hält sich deßhalb für berechtigt, die abweichende Bestimmung der l. 10 §. 3 cit. um jeden Preis beseitigen zu dürfen!

7) Allerdings glaubt die Glosse (ad lib. 76 §. 1 cit.) diesen Widerspruch durch die Bemerkung beseitigen zu können, daß sich ja doch die ausgeschlagene Institutionsportion durch Anwachsung mit der Substitutions-Portion vereinige, und daß also, wenn diese letztere nachher angetreten werde, eine Trennung beider Portionen in der That gar nicht vorhanden sei. Wie ungenügend aber diese Erklärung ist, geht, abgesehen von andren nahe liegenden Einwänden, schon daraus hervor, daß jene Vereinigung beider Portionen durch Anwachsung wohl zufällig vorkommen kann, aber keineswegs nothwendig vorkommen muß; denn setzen wir, daß auch für die ausgeschlagene Institutions-Portion ein Substitut ernannt ist, oder daß mehr als zwei Erben ernannt sind, so findet jene Vereinigung durch Anwachsung im erstren Falle gar nicht, und im zweiten nur theilweise Statt, und doch soll der Substitut immer die Institutions-Portion ausschlagen, die Substitutions-Portion aber antreten können! Etwas scheinbarer ist die Argumentation von Chesius, interpretat. jur. lib. I. c. 16 n. 21 sqq. (in Heinecc. jurispr. Rom. et Att. II. p. 104); derselbe will nämlich unterscheiden, ob die mehreren Portionen, auf welche Jemand eingesetzt sei, zu derselben Zeit, oder ob sie zu verschiedenen Zeiten deferirt würden; im erstren Falle finde keine Trennung derselben Statt (l. 2 de acqu. v. om. hered.), im zweiten Falle aber, also namentlich, wenn Jemand auf die eine Portion unbedingt, auf die andre unter einer Bedingung eingesetzt, oder auf die eine instituirt, auf die andere substi-

Argumentation offenbar nicht geeignet, unsern Grundsatz in Betreff der Pupillar-Substitution unsicher zu machen, sondern unser Mißtrauen muß sich vielmehr gegen die angebliche abweichende Bestimmung bei der Vulgar-Substitution wenden. Dieß ist auch der Gedanke von Leist, dem neuesten Schriftsteller über die l. 76 §. 1 cit.[8]) Nachdem derselbe gezeigt hat, daß Javolen, wenn man seinen Ausspruch so wie gewöhnlich interpretirt, nicht nur mit allgemeinen Prinzipien (l. 2 de acqu. v. om. hered.) und mit der konsequenten Ulpianischen Entscheidung in l. 10 §. 3 de vulg. et pup. subst. in Widerspruch stehen, sondern auch seinen eignen, im princ. der l. 76 cit. aufgestellten Grundsätzen untreu werden würde, will er diese Widersprüche und Inkonsequenzen durch die einfache Bemerkung wegräumen, daß Javolen offenbar nicht von dem Falle rede, wenn der Substitut die Institutions-Portion ausgeschlagen, sondern von dem ganz andren, wenn er dieselbe durch Versäumniß der Kretionsfrist eingebüßt habe;[9]) während er im ersten Falle unzweifelhaft auch

---

tuirt sei, dürfe derselbe allerdings die zuerst deferirte Portion ausschlagen, und dennoch die später deferirte antreten (l. 76 §. 1 cit.). Bei genauerer Betrachtung läßt sich aber die Unhaltbarkeit dieser Unterscheidung nicht wohl bezweifeln, denn dagegen spricht der bekannte Grundsatz, daß wenn der unter einer Bedingung Honorirte den Eintritt der Bedingung erlebt, sich Alles so gestaltet, wie wenn er pure honorirt wäre, l. 26 de condit. instit. (28, 7), und eine unmittelbare Anwendung dieses Grundsatzes auf unsre Frage findet sich in dem princ. unsrer l. 76, wornach dann, wenn Jemand zugleich instituirt und substituirt ist, die Antretung für die eine Portion immer auch die Antretung für die andre involvirt, vgl. auch l. 35, l. 81 de acqu. v. om. her. Was hier von der Antretung bemerkt ist, muß m. E. nothwendig auch für die Ausschlagung gelten, und wenn doch bisweilen das Gegentheil behauptet wird, vgl. z. B. Ches. cit. n. 25, Pothier Pand. Justin. lib. XXIX. tit. 2 §. 82 not. o, so fehlt es für eine solche Behauptung an jedem Beweise, s. auch Leist l. c. p. 5 sqq.

8) In dem oben in Note 5 angef. Programme.

9) Leist a. a. O. S. 10 nimmt daher an, Javolen habe geschrieben: omiseris cretionem, und erst die Kompilatoren Justinian's hätten dies in: om. aditionem umgewandelt. Uebrigens leide es keinen

von der Substitutions-Portion ausgeschlossen sei, verhalte sich dies im Falle der blosen omissio ganz anders, „nam qui nullam neque suscipiendae neque respuendae hereditatis voluntatem manifestavit, ei solus lapsus temporis opponi non potest.“ [10]) Ich bezweifle aber sehr, daß durch eine solche Unterscheidung zwischen repudiatio und bloser omissio ein wahrhaft befriedigendes Resultat gewonnen wird. Wenn ein unter einer Antretungsfrist eingesetzter Erbe diese Frist mit Wissen und Willen [11]) unbenutzt vorübergehen läßt, so hat er damit m. E. eben so bestimmt seinen Willen, die Erbschaft nicht zu haben, ausgesprochen, wie wenn er ausdrücklich ausgeschlagen hätte; diese omissio ist im Wesentlichen nichts andres, als eine thatsächliche Repudiation, und es wäre eine auffallende Erscheinung, wenn so wesentlich verschiedene Wirkungen für die ausdrückliche und für die stillschweigende Willens-Erklärung angenommen werden müßten. — Ich halte folgende Erklärung für die richtige. Die bisherigen Interpreten gehen davon aus, daß Javolen die Frage beantworten wolle, ob der Substitut, welcher, sei es durch

---

Zweifel, daß das, was Javolen von Versäumniß der Kretionsfrist gelehrt habe, im Justinianischen Rechte auf die Versäumniß einer vom Erblasser angeordneten Antretungsfrist (l. 72 de acqu. v. om. her., l. 44 de her. inst.) Anwendung leide.

10) Uebrigens ist diese Unterscheidung zwischen omissio und repudiatio keineswegs neu, und namentlich hat schon Löhr in diesem Archiv Bd. XXII. S. 318, und zwar gerade auch mit Berufung auf die l. 76 §. 1 cit., dieselbe sehr bestimmt ausgesprochen: „Auch ist mit diesem repudiare das blose omittere nicht zu verwechseln. Wer nur die Erwerbung eines Theils versäumt, kann ohne Anstand noch einen andren erwerben, insofern sonst keine Hindernisse im Wege stehen;“ vgl. auch ebendas. S. 340 fgg.

11) Da bekanntlich die Kretionszeit der Regel nach ein tempus utile war („cernitoque in centum diebus, quibus sciet poteritque“) Gai II. §. 171 sqq., Ulp. XXII. 31. 32: so versteht es sich von selbst, daß man bei dem „omittere cretionem“ an ein absichtliches Vorübergehenlassen der Frist denken muß.

repudiatio oder durch omissio, seinen Anspruch auf die Institutions-Portion verloren habe, deßungeachtet noch die Substitutions-Portion antreten könne? Beachtet man aber den Zusammenhang unsres §. 1 mit dem pr. eod., so scheint es mir unzweifelhaft, daß Javolen eine ganz andere Frage im Sinne gehabt hat. Im princ.[12]) behandelt er folgenden Fall: X. ist auf ein Sechstheil unter einer Bedingung instituirt, und zugleich einem seiner Miterben, dem Titius, substituirt; während schwebender Bedingung tritt der Substitutionsfall ein, und X. tritt ex substitutione an; später tritt die Bedingung ein, und nun entsteht die Frage, ob X. die ihm jetzt erst deferirte Institutions-Portion noch besonders antreten müsse? Die Antwort aber lautet, es genüge eine Antretung, und es sei ganz gleichgültig, ob die Substitutions- oder die Institutions-Portion angetreten sei; der Erwerb der einen ziehe immer auch den Erwerb der andren nach sich.[13]) Hieran reiht sich nun unmittelbar unser §. 1 an; während im princ. vorausgesetzt wird, daß die Antretung ex substitutione erfolgt, ehe noch die Institutions-Portion deferirt ist, wendet sich hier der Jurist zu dem andren möglichen Fall, wenn zu der Zeit, in welcher der Substitutions-Fall eintritt, auch die Institutions-Portion schon deferirt war, der Substitut aber deßungeachtet sich nicht über die Institutions-Portion erklärt, sondern nur ex substitutione antritt.[14]) Die Frage ist, ob auch unter die-

---

12) „Si tu ex parte sexta sub conditione institutus fuisses heres, et omittente partem suam Titio, cui substitutus eras, ex substitutione adiisses, deinde conditio jure sextantis extitisset, quaero, an adire necesse habueris, ne sextans tuus intereat? Respondit: nihil interest, utrum ex substitutione prius adierit, an ex prima institutione, quum ab utraque causa una aditio sufficiat; sextans itaque qui sub conditione datus mihi est, ad me solum pertinet."

13) Vgl. auch l. 35 pr., l. 81 de acqu. v. om. hered. (29. 2).

14) Dies ist m. E. der Sinn der Worte: „si tu sextantis omiseris aditionem", womit also nicht, wie allgemein angenommen wird,

sen Umständen die Antretung ex substitutione wirksam sei, und der Substitut also dadurch seine Institutions-Portion erwerbe [15]) (oder ob er nicht hier vielmehr noth-

angedeutet werden soll, daß der Substitut seinen Anspruch auf die Institutions-Portion verwirkt habe, sondern die nur die einfache Thatsache aussprechen wollen, daß der Substitut weder vor noch nach Eintritt des Substitutions-Falls eine Erklärung über die Institutions-Portion abgegeben habe. Gerade in dieser abweichenden Auffassung des „omittere aditionem" liegt die wesentliche Verschiedenheit der bisherigen Erklärungen von der hier vertheidigten. Nach der herrschenden Interpretation wird vorausgesetzt, daß der Substitut nicht mehr ex institutione antreten darf, und darnach wäre die Frage die, ob es ihm deßungeachtet noch erlaubt sei, ex substitutione anzutreten? Meiner Ansicht nach aber wird umgekehrt vorausgesetzt, daß der Substitut noch vollkommen in der Lage ist, ex institutione antreten zu können, dies aber thatsächlich bisher unterlassen hat, und die Frage ist, ob er unter diesen Umständen seine Antritts-Erklärung auf die Substitutions-Portion beschränken dürfe, oder ob er nicht vielmehr nothwendig ex institutione antreten müsse? — Daß der Ausdruck: omittere aditionem recht gut den hier angenommenen Sinn haben kann, bedarf wohl keiner besondren Ausführung, und daß Javolen denselben in unsrer Stelle nur in diesem Sinne gebraucht, und nicht an eine omissio gedacht hat, welche bereits den Verlust der Institutions-Portion herbeigeführt, geht mit Evidenz aus der Fassung des responsum hervor, indem hier ja mit dürren Worten vorausgesetzt wird, daß der Substitut noch wirksam ex institutione antreten könne („si prima institutione heres esse possim"). Vgl. auch Donell. comm. ad l. 20 C. de jure delib. (in opp. IX. p. 388).

15) Die Worte: „numquid dubitas, quin ex substitutione adeundo Titianae partis habiturus partem esses?" sind m. E. unzweifelhaft so aufzufassen, daß der Genitiv Titianae partis nicht mit dem nachfolgenden partem, sondern mit dem vorhergehenden: ex substitutione in Verbindung zu bringen ist. Unter dieser Voraussetzung hat die Frage den guten Sinn: wird der Substitut, wenn er als Substitut die Titianische Portion antritt, dadurch seine Institutions-Portion, sein Sechstheil, erwerben? Vgl. auch Schulting ad h. l. Wenn man dagegen mit den meisten Interpreten, nach dem Vorgange der Glosse, die Frage so auffaßt: ob der Substitut durch die Antretung ex substitutione einen Theil der Titianischen Portion erwerben werde? so enthält die Stelle auch nicht den mindesten Anhaltpunkt, welcher eine solche Fassung der Frage rechtfertigen könnte. Offenbar müßte nämlich dann supponirt werden, daß mehrere Substituten ernannt seien, und deßhalb auf den Einzelnen nur

wendig zuerst sich über die Institutions-Portion erklären müsse)? Die Antwort aber lautet: der Substitut, welcher in der Lage ist, auch ex institutione antreten zu können, hat die freie Wahl, welche der beiden Portionen, ob die Institutions- oder die Substitutions-Portion, er antreten will, und die Antretung der einen hat immer die Folge, daß er die andre, über welche er sich nicht erklärt hat, ebenfalls erwirbt.[16]) — Es bedarf keiner besondren Ausführung, daß nach dieser Auslegung alle Schwierigkeit der l. 76 §. 1 cit. in der einfachsten Weise beseitigt wird, und dadurch namentlich volle Harmonie in die gesetzlichen Entscheidungen über Vulgar- und Pupillar-Substitution gebracht wird.

2) Gegen den oben aus l. 10 §. 3 de vulg. et pup. subst. abgeleiteten Grundsatz scheint auch noch die l. 27 §. 2 ad Sc. Trebell. (36, 1) zu sprechen:

Julian. „Qui suspectam sibi hereditatem dicit, nullum com-

ein Theil der Titianischen Portion gelangen könne; aber von dieser Voraussetzung kommt, wie gesagt, keine Spur in unsrer Stelle vor.

16) Zergliedert man die Antwort: „non dubito, quin in potestate mea sit, quam partem hereditatis aut omittere velim aut vindicare" etwas genauer, so ist darin theils der Satz enthalten, daß der Substitut seinen Antritt immer nur für eine der beiden ihm deferirten Portionen zu erklären braucht, für die andre aber alle Erklärung unterlassen kann, theils der weitere Satz, daß es ganz gleichgiltig ist, für welche der beiden Portionen, ob für die Institutions- oder für die Substitutions-Portion, er jene ausdrückliche Antritts-Erklärung abgeben will. M. a. W.: wenn der Substitut eine der beiden Portionen, einerlei welche, antritt, so erwirbt er immer beide, wenn er auch für die andre alle und jede Erklärung unterläßt. — Hiernach versteht es sich ganz von selbst, daß die Florentinische Lesart: amittere, welche auch Leist a. a. O. S. 11 Not. 26 wieder in Schutz nimmt, verwerflich ist; sie würde zu dem Ergebniß führen, daß es in der Macht des Substituten liege, beide Portionen zu trennen, nämlich die eine zu erwerben, und sich von der andren loszumachen, während doch Javolen gerade umgekehrt in einem weiteren Beispiele den schon im princ. ausgesprochenen Gedanken entwickeln will, daß beide partes so untrennbar zu einander gehören, daß eine Erklärung über die eine pars immer auch für die andre gilt.

modum ex testamento consequetur, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset, aut non adiisset. Et ideo si pupillo substitutus fuerit ita: „quisquis mihi heres erit, idem filio meo heres esto“, hereditatem, quae ex substitutione ad eum pervenerit, restituere cogendus erit; si vero detracto hoc articulo: „quisquis mihi heres erit“ substitutus ita fuerit: „Titius filio meo heres esto“, tum, si solus patri heres extiterit, nihilo minus cogendus erit hereditatem pupilli restituere. Si vero coheredem habuerit, retinebit pupilli hereditatem, quia potuit coherede adeunte, quamvis ipse patris omisisset hereditatem, ex substitutione adire.“

Doch dürfte diese Stelle kaum eine ernstliche Schwierigkeit machen. Allerdings wird hier die Möglichkeit anerkannt, daß Jemand, welcher vom Vater instituirt und zugleich pupillariter substituirt ist, ex institutione ausschlägt und dennoch ex substitutione antritt; aber diese Möglichkeit erkennen auch wir an. Wenn nämlich der Pupill exheredirt ist, so kann es gar keinen Zweifel leiden, daß das Recht der Pupillar-Substitution ganz unabhängig ist von der Erwerbung der väterlichen Erbschaft,[17] und wollen wir nicht ohne alle Noth einen Widerspruch in unsre Quellen hineintragen, so müssen wir den Julia-

17) Da im Falle der Exheredation des Unmündigen von einer Zerspaltung einer Erbportion begreiflich nicht gesprochen werden kann, so fällt der Grund hinweg, aus welchem der Miterbe des Pupillen die väterliche Erbschaft annehmen muß. Dies wird auch vollständig anerkannt in l. 27 §. 5 ad Sc. Trebell. (36, 1). Doch tritt eine Ausnahme hiervon dann ein, wenn der Substitut eines exheredirten impubes der einzige Erbe des Vaters ist und keinen Substituten hat; denn in diesem Falle muß derselbe allerdings, um als Pupillar-Substitut antreten zu können, auch die väterliche Erbschaft annehmen „nec enim valet fili testamentum, nisi patris fuerit adita hereditas“, l. 10 §. 4 de vulg. subst. (28, 6). Dieser Grund fällt natürlich hinweg, wenn der Substitut des exheredatus noch Miterben oder Substituten hat, und so enthält auch diese Ausnahme und ihre Motivirung eine sprechende Bestätigung unsrer Regel.

nischen Ausspruch von einem solchen Fall der Exheredation verstehen. Wir sind aber zu einer solchen Annahme um so mehr berechtigt, da wenigstens in einem der hier unterschiedenen Fälle — wenn nämlich der Substitut der einzige Erbe des Vaters ist — nothwendig ein exheredirter Pupill vorausgesetzt wird, und es daher sehr nahe liegt, dieselbe Voraussetzung auch bei den übrigen Fällen zu statuiren.[18])

3) Auch die l. 11 §. 1 ad Sc. Trebell. (36, 1) scheint mit unsrer l. 10 §. 3 de vulg. subst. in Widerspruch zu stehen, und dieser Widerspruch ist um so auffallender, da beide Stellen von demselben Verfasser, von Ulpian, herrühren:

> Ulp. „Idem Julianus ait, si duo fuerint a patre instituti cum filio ejus impubere, et iidem substituti filio, sufficere ei, qui fideicommissum in secundis tabulis accepit, unum ex heredibus institutis cogere adire patris hereditatem; hoc enim facto confirmatisque patris tabulis, poterunt ex substitutione ambo cogi adire et restituere hereditatem.“

Ein Vater hat zwei Fremde zusammen mit seinem unmündigen Kinde zu Erben eingesetzt, die

---

18) So faßt auch schon Vivianus in dem casus ad h. l. unsre Stelle auf, und Accursius fügt zu den Worten: si pupillo die Glosse hinzu: „forte exheredato“; vgl. auch Cujac. in libr. XL. Digest. Salv. Juliani ad h. l. (opp. VI. p. 281), A. Faber error. Pragmat. dec. 32 err. 1, Warnkönig in Gieß. Zeitschr. XVIII. S. 316 fg. u. A. m. — Löhr im civ. Arch. XXII. S. 346 fg. glaubt auch hier (s. oben Not. 10) durch die Unterscheidung zwischen omissio und repudiatio helfen zu können, aber es ist dies hier eben so ungenügend, wie in Betreff der l. 76 §. 1 de acqu. hered. — Huschke endlich in d. Gieß. Zeitschr. N. F. VII. S. 80 nimmt an, daß Julian und Ulpian wirklich verschiedener Meinung in Betreff unsrer Frage gewesen seien; aber sollte dies auch in der That der Fall gewesen sein, was ich ganz und gar nicht für wahrscheinlich halte, so müßte doch wenigstens im Sinn des Justinianischen Rechts die l. 27 §. 2 cit. von einem exheredirten impubes verstanden werden.

Ersteren dem Letzteren pupillariter substituirt, und ihnen die Restitution der Pupillar-Erbschaft an einen Dritten aufgetragen. Wenn jetzt der Pupill stirbt, und die eingesetzten Erben weder die väterliche noch die Pupillar-Erbschaft anzutreten geneigt sind, so entsteht die Frage, in welcher Weise der Fideikommissar das durch das Sc. Pegasianum ihm eingeräumte Recht, den Fiduziar zur Erbschafts-Antretung zu nöthigen, geltend machen könne? und auf diese Frage antwortet Ulpian mit Berufung auf Julian dahin, daß der Fideikommissar vorerst einen der beiden Erben zur Antretung der väterlichen Erbschaft nöthigen müsse, damit nicht das väterliche Testament und folgeweise die Pupillar-Substitution zusammenfalle; sei dies geschehen, und dadurch das väterliche Testament bei Kraft erhalten, so könnten dann beide Erben zur Antretung der Pupillar-Erbschaft und zur Restitution derselben an den Fideikommissar genöthigt werden. — Obwohl also nur Einer von Beiden die väterliche Erbschaft antritt, der Andre sie nicht erwirbt, so können doch Beide die Pupillar-Erbschaft erwerben, und es kann also nicht, wie es doch die l. 10 §. 3 cit. verlangt, die Antretung der väterlichen Erbschaft die wesentliche Voraussetzung für die Erwerbung der pupillaren sein. Man könnte geneigt sein, den Grund dieser widersprechenden Entscheidungen in einem Unterschiede zwischen freiwilliger und gezwungener Antretung zu suchen; aber dies ist augenscheinlich unbefriedigend, denn das höhere Prinzip, aus welchem die Entscheidung der l. 10 §. 3 cit. hervorgeht, daß nämlich der berufene Erbe die ihm deferirte Erbschaft nicht zerspalten könne, gilt unzweifelhaft für die erzwungene Antretung ganz eben so, wie für die freiwillige. Dazu kommt, daß die l. 11 §. 1 cit. noch eine andere Schwierigkeit darbietet, welche durch die Hinweisung auf erzwungene Antretung unmöglich beseitigt werden kann. Ulpian und resp. Julian verlangen nämlich, daß zum Zweck der confirmatio des väterlichen Testaments einer der beiden

eingesetzten extranei zur Antretung genöthigt werde; wenn aber der unmündige Suus ebenfalls eingesetzt war, so war ja nach den bekanntesten Grundsätzen schon durch die Existenz dieses suus heres der Rechtsbestand des väterlichen Testaments gesichert, [19]) und man begreift nicht, wie Julian zu diesem Zwecke erst noch die Antretung eines der beiden extranei für nothwendig halten kann! Nach diesem Allem kann es m. E. gar keinen Zweifel leiden, daß die Konjektur von Cujacius, in l. 11 §. 1 cit. Statt: „cum filio ejus impubere" zu lesen: „exheredato filio ejus impubere" [20]) durch die gewichtigsten inneren Gründe gerechtfertigt wird, und dazu kommt noch der weitere entscheidende Umstand, daß wir die Stelle von Julian, auf welche sich Ulpian beruft, in den Pandekten finden, und Julian in derselben geradezu die Exheredation des Unmündigen voraussetzt, l. 27 §. 5 ad Sc. Trebell.:

> Julian. „Quodsi duo heredes a patre instituti fuerint, et utriusque fidei commissum sit, ut *exheredati* filii hereditatem restituerent, satis erit, vel unum cogi adire; hoc enim facto etiam is, qui patris hereditatem non adit, filii hereditatem adire et restituere cogetur."

Muß man aber hiernach nothwendig in l. 11 §. 1

---

19) L. 41. 42 de acqu. v. om. hered. (29, 2), l. 28 de reb. auct. jud. possid. (42, 5).

20) Cujac. Obs. XXVI. 1 und in libr. XL. Dig. Salv. Jul. ad l. 27 §. 5 ad Sc. Trebell. (opp. VI. p. 283). Dieser Emendation treten auch bei Chesius interpret. jur. lib. I. c. 15 n. 21 (in Heinecc. jurispr. Rom. et Att. II. p. 97), Papillon. de subst. pupill. c. 5 (in Otto thes. IV. p. 735), Pothier Pand. Justin. lib. XXXVI. tit. 1 n. 106, Westphal Vermächtn. Th. II. §. 1811 S. 1251 u. A. m. Dieselbe Meinung — daß in l. 11 §. 1 cit. ein exheredirter impubes vorausgesetzt werde — vertheidigt auch A. Faber error. Pragm. dec. 31 err. 8 n. 14, obwohl er nicht durch Emendation, sondern durch eine überaus gezwungene Interpretation der Worte: cum filio ejus impubere helfen will. — Abweichende, aber m. E. ganz unhaltbare, Ansichten vertheidigen bes. Gordon. Praetermissa jur. civ. c. 12. 13 (bei Otto thes. tom. II. p. 860 sqq.) und Bachov. ad Treutler. vol. II. disp. 12 p. 711 sqq.

cit. einen exheredirten impubes voraussetzen, so fällt damit alle Schwierigkeit, und namentlich jeder Widerspruch mit l. 10 §. 3 de vulg. subst. von selbst hinweg. —

Das Resultat ist, daß ungeachtet mancher nicht unscheinbarer Zweifelsgründe, doch wirklich der Grundsatz gilt, daß dann, wenn ein Miterbe des Pupillen demselben pupillariter substituirt ist, dieser Substitut durch Repudiation der väterlichen Erbschaft auch jeden Anspruch aus der Pupillar-Substitution verliert, und daß folglich in diesem Falle von einer Verpflichtung desselben zur Legaten-Zahlung und von einem Abzuge der Falzidischen Quart keine Rede sein kann.

II. Der eben angegebene Grundsatz gilt jedoch nur dann, wenn ein Extraneus zum Miterben und Substituten des Unmündigen ernannt ist. Wenn aber der substituirte Miterbe ebenfalls ein suus heres des Erblassers ist, welcher sich von der väterlichen Erbschaft abstinirt, so ist soviel unzweifelhaft, daß hier wesentlich abweichende Regeln zur Anwendung kommen; aber im Einzelnen herrscht hierüber großer Streit, und in der That sind unsre Quellen über diesen Punkt so dürftig und mehrdeutig, und führen zu scheinbar so singulären Resultaten, daß man sich über die zahlreichen Mißverständnisse und Streitfragen kaum wundern kann. Es müssen hier folgende Sätze aufgestellt werden:

1) Zunächst scheint mir soviel festzustehen, daß ein suus heres, welcher zum Miterben und Pupillar-Substituten eines unmündigen Kindes ernannt ist, sich allerdings wirksam von der väterlichen Erbschaft losmachen kann, obwohl er die Erbschaft des Unmündigen aus der Pupillar-Substitution annimmt.[21]) Zwar war dies unter den römischen Ju-

21) Man muß hier nur von vorne herein festhalten, daß bei einem suus heres schon die Frage nothwendig ganz anders gestellt werden muß, wie bei einem extraneus heres. Bei dem Letztren lautet die Frage: kann

risten bestritten, und namentlich Julian vertheidigte die entgegengesetzte Ansicht, aber Marcellus, Papinian und Ulpian sprechen sich mit Bestimmtheit für das obige Dogma aus, und es muß dies als die entschiedene Ansicht des Justinianischen Rechts angesehen werden.

Die abweichende Ansicht Julian's erhellt aus l. 40 de acqu. v. om. hered. (29, 2):

> Ulpian. „Quaesitum est, an, licet quis paternae hereditatis nihil attingat, aliquid tamen propter patris voluntatem habeat vel faciat, an creditoribus paternis cogatur respondere, utputa si impuberi fuerit substitutus? In qua specie Julianus libr. XXVI. Dig. scripsit, incidere eum in Edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati, nam qui judicium parentis oppugnaverit, non debet ex eadem hereditate quidquam consequi. Sed Marcellus eleganter distinguit, multum interesse, utrum ex asse fuerit institutus in patris testamento, an ex parte, ut, si ex parte, potuerit sine metu remota patris successione impuberis hereditatem amplecti.“ 22)

---

ein extraneus heres, welcher die väterliche Erbschaft repudiirt hat, deßungeachtet noch die Pupillar-Erbschaft antreten? Diese Frage kann für einen abstinirenden suus heres verständiger Weise gar nicht aufgeworfen werden, weil die unbedingte Bejahung derselben sich für einen Rechtskundigen ganz von selbst versteht. Hier kann die Frage vielmehr nur die sein: wird dadurch, daß ein abstinirender suus heres sich in die Pupillar-Erbschaft immiscirt, die vorausgegangene Abstention wieder entkräftet, oder bleibt dieselbe, ungeachtet der Immixtion in die Pupillar-Erbschaft, wirksam bestehen? und über die Beantwortung dieser Frage waren die römischen Juristen in der That verschiedener Meinung.

22) Ueber die l. 40 cit. vgl. Cujac. Obs. XVIII. 8, in libr. III. Quaest. Papin. ad l. 12 de vulg. et pup. subst. (in opp. IV. p. 87 sqq.), in libr. XXVI. Dig. Julian. ad h. l. (in opp. VI. p. 175 sq.); A. Faber error. Pragmat. dec. XXXII err. 3 vgl. mit err. 1; Cabot. Disputat. lib. II c. 22 (in Meerm. thesaur. IV. p. 635 sqq.); Gordon. Praetermissa jur. civ. cap. 13 (in Otton. thes. II. p. 870 sqq.); Pothier Pand. Justinian. lib. XXIX. tit. 2 nr. 81 ad h. l.; Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. VII. S. 87 fgg. — Ueber die Auslegung von Cujacius,

womit noch zu verbinden ist die l. 41 eod:

Julian libr. XXVI. Dig: „Filius, qui se paterna hereditate abstinuit, si exheredati fratris hereditati se immiscuerit, et pro herede gesserit, poterit ex substitutione hereditatem obtinere."

Aus diesen beiden Stellen geht m. E. mit Evidenz hervor, daß Julian dann, wenn ein suus heres[23]) zum

---

welchem Pothier ganz folgt, wird noch spezieller in den nächsten Noten die Rede sein. Die Interpretationen von Faber, welcher in der l. 40 cit. nichts als Tribonianismen erblicken will, und von Gordon. (welcher den Fall supponiren will, wenn Jemand seinen Bruder zum heres ex asse eingesetzt, sein unmündiges Kind exheredirt hat, und der Erstre nun die Erbschaft des Bruders ausschlägt, und die des Neffen ab intestato antritt; und die Frage sei dann die, ob hier das Edict. si quis omissa causa testam. zur Anwendung komme!!) sind ganz ungenießbar, obgleich sich namentlich der Erstre unsägliche Mühe gibt, seine Meinung plausibel zu machen. Cabot. hat in einem Punkte mit guten Gründen gegen Cujacius polemisirt (s. die folg. Note), aber in der Hauptsache ebenfalls unser Gesetz mißverstanden (s. unten Not. 28). Die bei Weitem beste Interpretation ist die von Huschke a. a. O.

23) Ich gehe nämlich von der Voraussetzung aus, daß in dem Falle der l. 40 cit. der Pupillar-Substitut ein suus heres des testirenden Vaters ist. Freilich wird dies von sehr Vielen bestritten, vgl. schon die Glosse ad h. l. und besonders Cujacius a. d. aa. OO., dem sehr Viele gefolgt sind, z. B. Gordon., Pothier ll. cc. und unter den Neueren z. B. Warnkönig in Gieß. Zeitschr. XVIII. S. 316 fg., Mühlenbruch Komm. XL. S. 429 fg., Löhr im civ. Arch. XXII. S. 348 fg.; aber dies hat seinen Grund nur darin, weil man einen Widerspruch der l. 40 mit der l. 41 eod. und mit l. 12 de vulg. et pup. subst. annahm, welchen man nur durch die Unterscheidung zwischen einem extraneus und einem suus heres beseitigen zu können glaubte. Die folgende Darstellung wird den Beweis liefern, daß ein solcher Widerspruch auch nicht entfernt vorhanden ist, und damit fällt der einzige Grund hinweg, welcher sich mit einigem Scheine für die Meinung von Cujacius anführen läßt. Abgesehen hiervon enthält nämlich die Stelle die bestimmtesten Hinweisungen auf die Suität des Pupillar-Substituten. So ist gleich im Anfang von einer paterna hereditas, von einer patris voluntas, von paterni creditores die Rede, und ich halte es für unmöglich, diese Ausdrücke mit Cujacius durch die Beziehung auf das unmündige Kind des Testators zu erklären, da im Anfang der Stelle, wo, wie

Pupillar-Substituten ernannt war, unterschied, ob der Unmündige exheredirt, oder ebenfalls instituirt war; im ersteren Falle hindere die Abstention von der väterlichen Erbschaft den Erwerb der pupillaren nicht;[24] im zweiten Falle[25] aber hielt Julian die Trennung beider Erb-

---

gesagt, jene Ausdrücke vorkommen, noch gar nicht das Dasein eines unmündigen Kindes und eine Pupillar-Substitution vorausgesetzt werden, sondern davon erst hintennach beispielsweise die Rede ist. So heißt es ferner von dem Substituten: „si se immiscuerit impuberis hereditati", ein Ausdruck, welcher bekanntlich bei sui heredes als technischer vorkommt, und eben so kann auch bei dem incidere in Edictum nicht wohl an ein andres Edikt gedacht werden, als an das über die Abstention und Immixtion der sui heredes (vgl. Not. 26). Endlich spricht auch noch hierfür der unverkennbare Zusammenhang der l. 40 cit. mit der l. 42 eod., indem beide Stellen ursprünglich offenbar zusammengehörten und nur von den Kompilatoren durch die Zwischenschiebung der l. 41 eod. getrennt sind; in sämmtlichen §Sen der l. 42 wird aber von Ulpian die Frage behandelt, unter welchen Voraussetzungen die Immixtion eines Suus in die väterliche Erbschaft angenommen werden könne? und gewiß dieselbe Frage war es auch, welche in dem unmittelbar vorhergehenden Satze den Juristen beschäftigte. Vgl. auch Cabot. und Huschke a. d. aa. OO.

24) Dies ist der Inhalt der l. 41 cit., die sich in dem Julianischen Werke selbst unzweifelhaft an den in l. 40 cit. referirten Ausspruch unmittelbar anschloß. Julian konnte um so weniger Bedenken haben, dies bei einem abstinirenden suus heres zuzulassen, da ja dasselbe sogar bei einem repudiirenden extraneus heres anerkannt wurde; s. oben Not. 17.

25) Dieser zweite Fall — wenn Beide, der Unmündige und sein substituirter Bruder, im väterlichen Testamente eingesetzt sind — ist es, welcher m. E. dem Julianischen Ausspruch in l. 40 cit. zu Grunde liegt, obwohl freilich sehr Viele mit Cujac. cit. hier vielmehr supponiren wollen, daß der Unmündige exheredirt gewesen sei, vgl. z. B. Cabot., Gordon., Pothier, Warnkönig, Mühlenbruch, Löhr a. d. aa. OO. Daß in der am Schlusse der Stelle angeführten Distinktion von Marcellus auch ein Fall vorkommt, in welchem allerdings die Exheredation des Unmündigen vorausgesetzt werden muß — wenn nämlich der Substitut heres ex asse ist — kann doch allein gewiß nicht die Annahme rechtfertigen, daß die ganze Stelle ausschließlich den Fall der Exheredation des Unmündigen vor Augen habe. Vielmehr geht aus der Vergleichung mit l. 41 cit. mit Evidenz hervor, daß der Ausspruch Julian's in l. 40 cit. nothwendig von einem instituirten impubes verstanden werden muß,

schaften für unzulässig, und stellte also den Grundsatz auf, daß wenn der Substitut die Erbschaft des Pupillen haben wolle, er sich nothwendig auch die Erbschaft des Vaters gefallen lassen, und daß also die Einmischung in die pupillare immer auch als Einmischung in die väterliche Erbschaft angesehen werden müsse.[26])

---

weil ja Julian für den Fall der Exheredation ganz anders entschieden hat; und außerdem spricht hiefür auch noch der Ausdruck: ex eadem hereditate, welcher gewiß nicht, wie Cujacius will, identisch ist mit: ex eodem testamento, welcher vielmehr, wenn man ihn in seinem wahren Sinn auffaßt, mit Bestimmtheit darauf hinweis't, daß Julian sich beide Kinder als eingesetzt denkt. Vgl. besonders Huschke a. a. O.

26) Dies, und nur dies, ist der Sinn der Worte: „incidere eum in Edictum, si se immiscuerit impuberis hereditati", und das hier erwähnte Edikt ist kein andres, als das über die Abstention und Immixtion der sui heredes; s. Huschke a. a. O. Die Frage nämlich, womit Ulpian die Untersuchung eröffnet, ist die: „ob ein suus heres, welcher zwar die väterliche Erbschaft selbst ganz unberührt lasse, aber doch in Folge des väterlichen Willens etwas habe oder vornehme, dadurch das Recht der Abstention von der väterlichen Erbschaft einbüße? wie z. B. wenn er seinem unmündigen Bruder pupillariter substituirt sei, [und sich in die Pupillar-Erbschaft immiscirt habe]?" und wenn nun auf diese Frage Julian antwortet: „durch eine solche Immixtion verfällt der Sohn allerdings in das Edikt", so kann dies in diesem Zusammenhang gar nichts anderes heißen, als: „er büßt dadurch allerdings sein Abstentionsrecht ein, weil durch eine solche Immixtion die Voraussetzung hinwegfällt, unter welcher das prätorische Edikt die Abstention von der väterlichen Erbschaft gestattet." Diese prätorische Voraussetzung ist aber bekanntlich, daß der Suus sich nicht in die väterliche Erbschaft immisciren dürfe, und wenn nun Julian von demjenigen, welcher sich in die Pupillar-Erbschaft immiscirt, sagt, er verfalle dadurch in das Edikt, so heißt dies soviel als „die Immixtion in die Pupillar-Erbschaft muß auch als eine Immixtion in die väterliche Erbschaft aufgefaßt werden." — Die weit meisten Interpreten sind a. M. Indem sie von der falschen Voraussetzung ausgingen, daß in dem Falle der l. 40 cit. der Pupillar-Substitut nothwendig ein heres extraneus sein müsse (Not. 23), so konnten sie freilich jene nahe liegende Deutung der Worte: incidere in Edictum nicht zulassen, und so wird denn fast ganz allgemein schon seit der Glosse ad h. l., und besonders auf die Auktorität von Cujacius l. c. bei jenen Worten an das Edikt: si quis omissa causa, oder gar

Gegen diese Ansicht von Julian erklären sich nun aber Marcell und Ulpian am Ende der l. 40 cit: es komme bei der ganzen Frage nicht sowohl auf die Unterscheidung an, ob der Unmündige instituirt oder exheredirt sei, sondern vielmehr darauf, ob der substituirte suus der einzige im väterlichen Testamente eingesetzte Erbe sei, oder ob er noch andre Erben neben sich habe;[27]) im erstren Falle

— was auch schon in der Glosse als möglich angedeutet wird — an ein besonderes, nicht auf uns gekommenes, Edikt gedacht, wornach der, welcher als Pupillar-Substitut antrete, den väterlichen Gläubigern tenent werden solle! Vgl. z. B. sämmtliche oben zitt. Schriftsteller, mit Ausnahme von Huschke. Einer besondren Widerlegung bedarf diese Ansicht nicht; sie ist mit Wort und Geist des Edikts: si quis omissa causa in offenem Widerspruch, und ist augenscheinlich blos erfunden, um die falsche Prämisse zu retten, daß in l. 40 cit. ein heres extraneus supponirt werde.

27) Genau dieselbe Unterscheidung kommt in l. 20 §. 4 de acqu. v. om. her. (29, 2) für einen ganz parallelen Fall vor. In unsrer l. 40 fragt es sich, ob ein suus dadurch, daß er als Pupillar-Substitut erwerbe, sein Recht, von der väterlichen Erbschaft zu abstiniren, einbüße? und diese Frage wird, gegen Julian, von Marcellus und Ulpianus dahin beantwortet, daß zu unterscheiden sei, ob der suus alleiniger Erbe sei, oder ob er Miterben neben sich habe; im erstren Falle werde allerdings die Abstention entkräftet, im zweiten bleibe sie wirksam bestehen. In l. 20 §. 4 cit. aber handelt es sich um die Frage, ob ein suus dadurch, daß er von einem statu liber Geld annehme, sein Abstentionsrecht verliere? und hierauf wird, ebenfalls gegen Julian, von Papinian und Ulpian auch wieder dieselbe Unterscheidung angewendet: „Ita demum autem pro herede gessisse ait Papinianus, si solus heres sit. Ceterum si coheredem habeat et coheres adiit, non est cogendus, inquit, is, qui accepit a statulibero, actiones creditorum suscipere." — Wenn Manche auch die schon oben S. 336 betrachtete l. 27 §. 2 ad Sc. Trebell. als Parallelstelle anführen, indem dort auch Julian zwischen einem heres ex asse und einem heres partiarius unterscheide, und wenn sie deßhalb wohl gar dem Marcellus eine unehrliche oder doch leichtfertige Polemik vorwerfen, indem er gewußt habe oder doch hätte wissen sollen, daß seine Unterscheidung von Julian selbst anerkannt sei (vgl. z. B. A. Faber error. Pragm. dec. 32 err. 1): so ist dies ganz verkehrt. In l. 27 cit. handelt es sich nämlich um einen repudiirenden extraneus heres, und daß es bei diesem einen wesentlichen Unterschied machen muß, ob er der einzige Erbe ist oder nicht, konnte freilich von keinem römischen Juristen

müsse der Sohn, welcher ex substitutione die Erbschaft des unmündigen Bruders haben wolle, sich allerdings auch als Erbe des Vaters behandeln lassen;[28]) im zweiten Falle[29]) aber könnten Abstention von der väterlichen, und Annahme der Pupillar-Erbschaft recht wohl neben einander bestehen, und es dürfe also der Substitut unbedenklich sich in die letztre immisziren, ohne fürchten zu müssen, daß er dadurch sein Recht, von der väterlichen Erbschaft zu abstiniren, einbüße. — Mit diesem letzten Satze der l. 40 cit. — daß der ex parte eingesetzte suus die Erbschaft des Unmündigen ex substitutione in Anspruch nehmen, und sich dennoch wirksam der väterlichen Erbschaft enthalten könne — stimmt nun auch vollständig die Entscheidung Papinian's in l. 12 de vulg. et pup. subst. (28, 6)[30]) überein:

verkannt werden, weil ja durch die Repudiation eines extraneus heres ex asse nothwendig das Testament zum destitutum, und folglich auch die Pupillar-Substitution hinfällig werden muß.

28) Dies wird freilich in l. 40 cit. nicht ausdrücklich gesagt, aber es versteht sich aus dem Gegensatz mit dem zweiten Fall ganz von selbst; vgl. auch die in der vorigen Anm. besprochene l. 20 §. 4 cit. Wie Cabot. l. c. p. 636 es für möglich halten kann, daß Marcellus für beide Fälle dieselbe Entscheidung gegeben habe, ist mir unbegreiflich, da ja Ulpian geradezu sagt: sed Marcellus eleganter distinguit, *multum interesse* etc.

29) Dieser zweite Fall tritt sowohl dann ein, wenn der Unmündige exheredirt, und neben dem instituirten und pupillariter substituirten suus noch andre Miterben eingesetzt sind, als auch dann, wenn der impubes selbst zusammen mit seinem Pupillar-Substituten instituirt ist.

30) Ueber diese l. 12 cit. vgl. unter den Aelteren bes. Govean. ad h. l. (in opp. Lugd. 1562 p. 105 sq.), Cujac. in libr. III. Quaest. Papin. ad h. l. (in opp. IV. p. 82 sqq.), Chesius interpretat. jur. lib. I. c. 15 (in Hein. jurispr. Rom. et Att. II. p. 93 sqq.), s. auch ejusd. differ. jur. c. 15 (in Hein. jurispr. Rom. et Att. II. p. 659 sqq.), und unter den Neueren Warnkönig in Roßhirt's Zeitschr. II. S. 7 fgg. in Gieß. Zeitschr. XVIII. S. 319 fgg., Mühlenbruch Komm. XL. S. 443 fgg., Löhr im civ. Arch. XXII. S. 334 fgg., Hoffmann in Sell's Jahrbb. I. S. 372 fgg., Huschke in Gieß. Zeitschr. N. F. VII. S. 78 fgg.

„Si filius, qui patri et postea fratri ex secúndis tabulis heres extitit, hereditatem patris recuset, fraternam autem retinere malit, audiri debet. Justius enim Praetorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit; etenim jus dicenti propositum est, liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate removere, praesertim quod remotis tabulis secundis legitimam haberet fratris hereditatem. Itaque legata duntaxat ex secundis tabulis praestari debent, habita ratione facultatum in Falcidia non patris, ut alias solet, sed impuberis."

Offenbar wird hier vorausgesetzt, daß der Vater seine beiden Kinder zu Erben eingesetzt,[31]) und den mündi-

31) Sehr Viele nehmen freilich nach dem Vorgange von Cujac. cit. an, daß vielmehr Papinian den Fall vor Augen habe, wenn das unmündige Kind exheredirt sei, vgl. z. B. Chesius cit. Papillon. de substit. pupill. c. 9 (in Otton. thes. IV. p. 752), Pothier Pand. Justin. XXVIII. 6. nr. 49 ad h. l., Mayer Erbr. I. §. 38 Not. 9 S. 119, Mühlenbruch a. a. O., und auch ich selbst habe früher diese Meinung vertheidigt, siehe die früheren Auflagen meiner Pand. Bd. II. §. 454 Anm. S. 183. Ich halte dies jetzt für ganz unzulässig, und zwar aus folgenden wesentlichen Gründen:

1. Daß in der Stelle auch nicht die leiseste Hindeutung auf die Exheredation des Pupillen vorkommt, ist unleugbar, und doch wäre es in hohem Grade auffallend, wenn Papinian eine Voraussetzung, die nach der gegnerischen Ansicht für seine Entscheidung wesentlich sein soll, gar nicht berührt hätte.

2. Augenscheinlich will Papinian in l. 12 cit. eine Eigenthümlichkeit für einen suus heres hervorheben, und zwar eine Eigenthümlichkeit, wodurch sich das Recht des suus wesentlich günstiger gestaltet, als das eines extraneus heres; denn es geht dies nicht nur daraus hervor, daß sich Papinian für seine Entscheidung auf den milden, und die Kinder besonders begünstigenden Geist des prätorischen Edikts über die Abstention der sui beruft, sondern insbesondere auch noch aus dem beigefügten unterstützenden Grunde, daß ja der Bruder auch ohne die Pupillar-Substitution schon als gesetzlicher Erbe den brüderlichen Nachlaß bekommen würde. Dies paßt nun vollkommen, wenn man sich den Unmündigen als instituirt denkt, denn in diesem Falle würde ein extraneus heres, welcher die Erbschaft ex primis tabulis repudiirte, auch von der

gen Sohn dem unmündigen substituirt hat, und die ganz bestimmte und unzweideutige Entscheidung geht dahin, daß es dem Substituten gestattet werden müsse, sich von der väterlichen Erbschaft wirksam los zu machen, und den=

Pupillar=Erbschaft ausgeschlossen sein (S. 328 fgg.); aber es paßt schlechterdings nicht, wenn man mit Cujac. einen exheredirten impubes supponirt, denn dann würde ja ganz dieselbe Entscheidung, welche hier Papinian so zweifelnd und nicht ohne Bedenken für einen abstinirenden suus abgibt, auch ganz eben so für einen repudiirenden extraneus angenommen werden müssen (s. Not. 17).

3. Wenn man sich den Unmündigen als enterbt denkt, so würde Papinian's Ausspruch, daß der Substitut die in secundis tabulis aufgelegten Vermächtnisse prästiren müsse, ganz unerklärlich sein. Da der Substitut auch im väterlichen Testamente eingesetzt war, so konnte er zwar allerdings auch in secundis tabulis mit Vermächtnissen belastet werden (siehe oben Bd. XXXVI. S. 310 fgg.), aber jedenfalls hätten dieselben durch die Abstention von der väterlichen Erbschaft unwirksam werden müssen, wie ja auch ein extraneus heres, welcher einem enterbten Pupillen substituirt ist, unzweifelhaft von der Prästation der Legate befreit wird, wenn er die väterliche Erbschaft ausschlägt, l. 11 §. ult. ad leg. Falc. („cum ideo legata valere dixerit Julianus a substituto relicta, quod idem patri heres extiterit"). Einen suus heres in dieser Beziehung schlechter zu stellen, wie einen extraneus, lag doch wahrlich nicht im Geiste des prätorischen Edikts, aus welchem hier Papinian argumentirt. — Ganz anders verhält es sich, wenn man einen instituirten impubes annimmt, indem sich hier allerdings die Verpflichtung zur Legaten=Zahlung vollkommen rechtfertigen läßt, s. unten den Text bei Nr. 3.

4. Endlich mag hier auch auf den Ausdruck: „si fratri separationem bonorum patris concesserit" hingedeutet werden, der offenbar nur dann wahrhaft paßt, wenn man sich auch den Unmündigen als eingesetzten Erben denkt.

Hiernach scheint es mir keinem begründeten Zweifel zu unterliegen, daß Papinian wirklich nur den Fall vor Augen hat, wenn beide Kinder, der Pupillar=Substitut und der Pupill, in dem väterlichen Testamente eingesetzt sind, und daß man also nicht mit Cujacius die l. 41 de acqu. v. om. hered., sondern daß man vielmehr die oben näher besprochene l. 40 eod. als Parallelstelle für die l. 12 cit. ansehen darf. — Im Resultate stimmen auch mit dem Obigen überein Govean., Warnkönig, Löhr, Hoffmann, Huschke a. d. aa. OO., und s. auch die 6. Aufl. meiner Pandekt. Bd. II. S. 214.

noch die Erbschaft des Pupillen ex secundis tabulis zu behalten.

Das Resultat ist folgendes. Ein extraneus heres des Vaters würde dadurch, daß er die väterliche Erbschaft ausschlägt und dennoch die Erbschaft des ebenfalls eingesetzten Unmündigen antreten wollte, eine wirkliche Spaltung einer Erbschaft vornehmen, und da dieses nicht möglich ist, so muß die Repudiation der väterlichen immer auch die Ausschließung von der pupillaren Erbschaft herbei führen. Dieser zivilistische Gesichtspunkt kann bei einem abstinirenden suus heres nicht durchgreifen, denn da dieser, trotz der Abstention von der väterlichen Erbschaft, doch immer Erbe bleibt, so kann von einer wahren Spaltung der Erbschaft keine Rede sein, wenn auch Abstention von der väterlichen und Immixtion in die pupillare Erbschaft neben einander vorkommen. Hier kann also nur die Frage sein, ob eine solche Scheidung der beiden Erbschaften sich im Geiste des prätorischen Edikts über die Abstention rechtfertigen lasse? und dieses wird von der Mehrzahl der römischen Juristen bejaht, weil durch eine getrennte Behandlung der väterlichen und der pupillaren Erbschaft der Zweck, den der Prätor bei jenem Edikte im Auge habe, weit besser und vollständiger erreicht werde.[32]

2) Wie verhält es sich aber mit demjenigen Theile der väterlichen Erbschaft, welcher in der Erbschaft des Unmündigen enthalten ist? Die allgemeinen Grundsätze

32) L. 12 cit.: „Etenim jus dicenti propositum est, liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare, non invitos ab hereditate removere.“ Zu weiterer Unterstützung dieser milden Auffassung weis't Papinian in den folgenden Worten: praesertim quod rel. auch noch darauf hin, daß es doppelt hart sein würde, den abstinirenden Sohn von dem Anspruch aus der Pupillar-Substitution auszuschließen, da derselbe ja doch jedenfalls, wenn gar keine Pupillar-Substitution angeordnet gewesen wäre („remotis tabulis secundis“), der gesetzliche Erbe seines Bruders sein würde.

bringen es mit sich, daß dann, wenn ein Suus sich abstinirt, seinem Miterben — einerlei, ob derselbe gleichfalls suus, oder ob er extraneus ist — oder nach dessen Tode dem Erben desselben das Wahlrecht eingeräumt wird, ob er sich die Anwachsung dieser Portion gefallen lassen, oder ob er lieber auch die ursprüngliche Portion wieder aufgeben will.[33]) Wendet man dies auf unsren Fall an, so würde dieses Wahlrecht dem Pupillar-Substituten in seiner Qualität als Erben des Unmündigen zustehen; aber in der That kann davon keine Rede mehr sein, weil sich der Substitut bereits thatsächlich für das Aufgeben der väterlichen Erbschaft entschieden hat. Durch seine Abstention hat er nämlich erklärt, daß er den einen Theil der väterlichen Erbschaft nicht haben will, und da er den andren ohne diesen einen nicht erlangen kann, so ist die nothwendige Folge, daß auch der Theil der väterlichen Erbschaft, welcher in der Pupillar-Erbschaft enthalten ist, hiervon separirt werden muß, und der Substitut also lediglich auf das anderweite, nicht vom Vater ererbte Vermögen des Unmündigen angewiesen ist.[34]) Dies wird auch klar genug in der l. 12 cit. ausgesprochen:

---

33) L. 55 de acqu. v. om. hered.: „Quum hereditate patris necessarius heres se abstineat, conditio coheredi, sive suo, sive extraneo, defertur, ut aut totam agnoscat, aut a toto recedat"; l. 56 eod.: „Si is, qui immiscuit se hereditati, decessisset, deinde alter se abstinet, eadem conditio deferenda est heredi ejus, quae et ipsi."

34) Huschke a. a. O. S. 84 sagt: „Der eigentliche Grund, weßhalb der substituirte Bruder eine solche Separation verlangen kann, liegt darin, daß, wenn ein suus wieder von einem suus beerbt wird, der letztre die seinem Erblasser zustehende Abstention ebenfalls noch geltend machen darf, l. 7 §. 1 de acqu. her., l. 19 C. de jure delib." Ich will hier den Streit nicht erneuern, ob das Abstentionsrecht eines suus nur auf einen suus oder auch auf einen extraneus heres desselben übergehe, obwohl ich ungeachtet der Gegenbemerkungen von Huschke noch immer die letztre Meinung für die richtige halte, vgl. meine Abh. in dies. Arch. XXIV. S. 158 fgg. Mag sich dies aber verhalten wie es will, so scheint mir jedenfalls unzweifelhaft, daß der wahre Grund der in l. 12 cit. anerkannten Sepa-

„Justius enim Praetorem facturum existimo, si fratri separationem bonorum patris concesserit“, und namentlich geht dies auch aus dem Schlußsatz dieser Stelle mit Bestimmtheit hervor, denn der hier ausgesprochene Satz, daß in unsrem Falle die Falzidische Quart ausnahmsweise nach dem eignen Vermögen des Unmündigen, und nicht nach dem Vermögen des Vaters zu berechnen sei, ist nur unter der Voraussetzung juristisch gedenkbar, wenn der Substitut auch wirklich nichts von dem väterlichen Vermögen erhält, sondern lediglich auf das anderweite eigene Vermögen des Unmündigen beschränkt ist.[35])

3) Wie verhält es sich nun aber mit den in dem Doppeltestamente hinterlassenen Legaten? Daß der Substitut die in dem väterlichen Testamente, also in primis

---

ration immer nur in den Bestimmungen der l. 55. 56 de acqu. her. gefunden werden kann, und jener Streit also für unsre Frage völlig irrelevant ist.

35) Ganz abweichend ist die Meinung von Hoffmann a. a. O. Er nimmt nämlich an, daß auf den Substituten, welcher sich von der väterlichen Erbschaft abstinire und in die pupillare immissire, nicht nur immer der Theil des väterlichen Nachlasses übergehe, welcher von vorneherein in der pupillaren Erbschaft enthalten sei, sondern auch regelmäßig der andre Theil desselben, von dem er sich selbst abstinirt hatte, indem dieser ja durch Anwachsung ebenfalls zu der pupillaren Erbschaft hinzugekommen sei. — Man erkennt leicht, daß wenn dies wirklich der Sinn der Papinianischen Entscheidung wäre, die ganze angebliche Begünstigung des substituirten suus nur eine leere Illusion sein würde, indem derselbe auf einem Umwege ganz eben so den Lasten der väterlichen Erbschaft unterworfen würde, wie wenn er sich gar nicht abstinirt hätte! Daß dies nicht die Meinung Papinian's gewesen sein kann, versteht sich wohl von selbst, und in grellem Widerspruch damit steht nicht nur die Entscheidung selbst: der Prätor solle dem Bruder separationem bonorum patris gestatten, sondern insbesondere auch das Motiv dieser Entscheidung: „jus dicenti propositum est, liberos oneribus hereditariis non sponte susceptis liberare.“ Der einzige scheinbare Grund, welchen Hoffmann für sich anführen kann und wirklich anführt, daß dann, wenn der Substitut gar nichts von der väterlichen Erbschaft erhalten sollte, auch eine Verpflichtung desselben zur Legaten-Zahlung nicht begründet sein könne, wird in den Ausführungen des Textes bei Nr. 3 seine Erledigung finden.

tabulis aufgelegten Vermächtnisse nicht zu prästiren braucht, versteht sich ganz von selbst, denn er soll ja durch die Abstention von den Lasten der väterlichen Erbschaft ganz befreit werden, und wie den Erbschafts-Gläubigern die Klage gegen ihn denegirt wird, so kann ihm natürlich auch gegen die Klage der Legatare eine exceptio (si non paterna hereditate se abstinuit) nicht versagt werden.[36] Die Konsequenz scheint nun zu fordern, daß ganz dasselbe auch in Betreff derjenigen Vermächtnisse gelten müsse, welche in secundis tabulis aufgelegt sind, weil auch diese nach bekannten Prinzipien als Belastungen der väterlichen Erbschaft angesehen werden müssen, nicht anders, wie wenn der Vater sie bedingungsweise in primis tabulis hinterlassen hätte.[37] Diese scheinbare Konsequenz verschwindet aber bei genauerer Betrachtung gänzlich. Wenn man einmal zuließ, daß Abstention von der väterlichen, und Immixtion in die pupillare Erbschaft neben einander mit Wirksamkeit bestehen könnten, so mußte man vielmehr mit Nothwendigkeit zu dem weiteren Satze kommen, daß der Substitut allerdings die in secundis tabulis aufgelegten Vermächtnisse prästiren müsse. Eben so wahr es nämlich ist, daß ein abstinirender suus von allen Lasten der väterlichen Erbschaft befreit wird, eben so wahr ist es auf der andern Seite, daß derselbe keinerlei Vortheile aus derselben geltend machen darf, und daß, wenn er dies dennoch thut, dies als eine Immixtion in die väterliche Erbschaft aufzufassen ist, wodurch die Abstention verhindert oder wieder entkräftet wird. Wenn man es nun dennoch im Geiste des

---

36) L. 1 §. ult. ut in poss. legat. (36, 4): „Tunc ante aditam hereditatem satisdandum de legatis est, quum adhuc dubium est, an hereditas adeatur. Ceterum si certum sit, repudiatam vel omissam hereditatem, vel abstentos necessarios heredes, frustra hoc Edictum imploratur, quum certum sit, legatum vel fideicommissum non deberi."

37) S. oben Bd. XXXVI. S. 221. fgg.

prätorischen Edikts über Abstention für zulässig erklärte, daß ein substituirter suus die Pupillar-Erbschaft ansprechen dürfe, ohne daß dadurch die Abstention von der väterlichen Erbschaft verhindert würde: so war dies offenbar nur unter der Voraussetzung möglich, daß man in diesem Falle von dem zivilrechtlichen Prinzip, der Pupillar-Substitut sei auch Erbe des Vaters, ganz absah, und ihn lediglich als Erben des Unmündigen auffaßte. Die Alternative war m. E. unvermeidlich: entweder, man hielt fest an jenem zivilrechtlichen Prinzip, und dann mußte nothwendig die Immixtion in die Pupillar-Erbschaft auch als Immixtion in die väterliche Erbschaft angesehen werden[38] — und dies war der Gedanke von Julian —; oder man gestattete dem Substituten, die Pupillar-Erbschaft zu erwerben, und sich dennoch wirksam von der väterlichen Erbschaft zu abstiniren, und dann mußte man nothwendig von der Prämisse ausgehen, daß in diesem Falle der Pupillar-Substitut nicht als Erbe des Vaters, sondern nur als Erbe des Unmündigen anzusehen sei — und dies ist, wie wir oben sahen, die im Justinianischen Rechte rezipirte Ansicht von Marcellus, Papinian und Ulpian. Mußte man nun aber hiernach im Falle der Abstention das zivilrechtliche Prinzip, daß der Pup.-Substitut auch Erbe des Vaters sei, ganz unberücksichtigt lassen, und den Substituten lediglich als Erben des Pupillen auffassen, so führte dies nothwendig zu dem weiteren Satze, daß im diesem Falle auch die dem Pupil-

38) Wenn ein suus im väterlichen Testamente auf mehrere Portionen eingesetzt ist, und sich auch nur in eine derselben immiszirt, so leidet es nicht den mindesten Zweifel, daß dadurch sein Abstentionsrecht auch für die andre verloren geht. Hätte man nun das zivilrechtliche Princip festgehalten, daß der Pupillar-Substitut so aufzufassen sei, „ac si pure partem, et sub conditione partem alteram accepisset“ l. 41 §. 6 de vulg. et pup. subst., so hätte ja nothwendig die Immixtion in die pupillare Erbschaft den Verlust des Abstentionsrechts für die väterliche Erbschaft nach sich ziehen müssen.

lar-Substituten in secundis tabulis aufgelegten Vermächtnisse nicht als Belastungen der väterlichen, sondern durchaus nur als Belastungen der pupillaren Erbschaft angesehen werden durften; denn der Satz: „pater do suo legat", oder, was dasselbe sagen will: „die dem Pup.-Substituten aufgelegten Legate sind Belastungen der väterlichen Erbschaft", ist ja offensichtlich nichts als eine Konsequenz des höheren Prinzips, daß der Pupillar-Substitut auch Erbe des Vaters sei, und es versteht sich also von selbst, daß, wo dieses höhere Prinzip nicht anwendbar ist, auch jene Konsequenz nicht Platz greifen kann. Mußten nun aber demgemäß im Falle der Abstention die in secundis tabulis aufgelegten Legate ausschließlich als Belastungen der Pupillar-Erbschaft betrachtet werden, so war nun endlich die weitere Folge unvermeidlich, daß die blose Abstention von der väterlichen Erbschaft den Substituten von der Prästation jener Legate nicht befreien konnte, sondern die der Klage der Legatare entgegengestellte exceptio: si non a paterna hereditate se abstinuit durch die replicatio: nisi impuberis hereditati se immiscuit entkräftet werden mußte. — Daß nun aber die hier angedeutete Argumentation auch wirklich die der römischen Juristen ist, geht mit Sicherheit aus der Darstellung Papinian's in l. 12 cit. hervor. Nachdem er zuerst, wie oben bemerkt ist, aus dem Geiste des prätorischen Rechts über Abstention den Satz gerechtfertigt hat, daß der substituirte suus die väterliche Erbschaft zurückweisen, und sich auf die pupillare beschränken dürfe, fährt er fort:

„Itaque legata duntaxat ex secundis tabulis praestari debent,"

und er stellt es also ausdrücklich als eine blose Folgerung aus dem vorher Gesagten hin („itaque"), daß der Substitut allerdings die Legate aus dem Pupillar-Testamente, aber auch nur diese zu prästiren habe.

4) Aus dem zuletzt Gesagten erledigt sich nun auch endlich von selbst die weitere Frage, wie bei diesen Legaten

ex secundis tabulis, welche der Substitut, ungeachtet seiner Abstention von der väterlichen Erbschaft zu prästiren hat, die Falzidische Quart berechnet werden müsse? Da nämlich in Gemäßheit der vorigen Erörterungen in einem solchen Abstentions-Falle das zivilrechtliche Prinzip: pater de suo legat ganz außer Anwendung bleibt, sondern jene Vermächtnisse ausschließlich als Belastungen der Pupillar-Erbschaft angesehen werden müssen: so versteht es sich ganz von selbst, daß auch der sonst für die Falzidia in Folge jenes Prinzips geltende Satz, „daß die Quart nur aus der väterlichen Erbschaft zu berechnen sei", [39] hier außer Anwendung bleiben, und Statt dessen hier umgekehrt der andre Satz aufgestellt werden muß, daß bei Berechnung der Quart nur die Erbschaft des Pupillen zu Grunde gelegt werden muß. Es ist dies so sehr die blose Konsequenz der vorausgeschickten Erörterungen, daß es keiner weiteren Nachweisung bedarf, und daß dies auch ganz die Ansicht der römischen Juristen ist, geht aus den Schlußworten der l. 12 cit. mit Evidenz hervor:

„habita ratione facultatum in Falcidia non patris, ut alias solet, sed impuberis." [40]

Genau dieselbe Betrachtungsweise, die wir in dem so eben genauer entwickelten Falle in den Quellen finden,

---

39) S. oben Bd. XXXVI. S. 226 fgg. S. 309 fgg.

40) Ganz eigenthümlich faßt Hoffmann a. a. O. diese Worte auf. In Folge seiner oben in Note 35 angeführten Ansicht, daß auf den Pup. Substituten ungeachtet seiner Abstention doch jedenfalls ein Theil des väterlichen Nachlasses gelange, glaubt er jene Worte so verstehen zu müssen, daß in dem Fall der l. 12 cit. nicht, wie sonst, das gesammte väterliche Vermögen (also die väterliche Erbschaft mit Einschluß der Instiruttons-Portion des Substituten), sondern nur der Theil desselben, welcher sich in der Pupillar-Erbschaft vorfinde, für die Berechnung der Falzidia in Betracht komme. Wäre diese Auslegung auch mit Papinian's Worten vereinbar — was sicherlich nicht der Fall ist, — so müßte sie dennoch verworfen werden, da ja der Substitut in Gemäßheit der obigen Ausführungen gar nichts von der väterlichen Erbschaft behält.

kommt auch noch bei einem zweiten Falle vor, bei welchem wir ganz dieselben Kontroversen und dieselbe Entscheidung in den Quellen antreffen. Dieser zweite Fall ist folgender: ein Vater hat sein unmündiges Kind zum Erben eingesetzt, und demselben einen Nichterben pupillariter substituirt; nachdem der Unmündige sich von der väterlichen Erbschaft abstinirt hat, stirbt er in der Unmündigkeit, und seine Erbschaft wird von dem Pupillar-Substituten angetreten. Auch in diesem Falle nahm Julian konsequent ebenso, wie in dem oben betrachteten, an, daß durch diese Antretung der Pupillar-Erbschaft die vorausgegangene Abstention wieder entkräftet werden, und der Pupillar-Substitut also allerdings die Lasten der väterlichen Erbschaft sich gefallen lassen müsse; aber auch hier wurde von Marcellus und Ulpian die entgegengesetzte Meinung vertheidigt, und auch hier muß diese letztre Ansicht als die sententia recepta des Justinianischen Rechts angesehen werden.[41] Es kann keinen Augenblick zweifelhaft sein, daß diese Kontroverse mit der oben näher betrachteten vollkommen identisch ist, und daß dabei namentlich auch

41) Diese Kontroverse der röm. Juristen wird referirt von Ulpian in l. 42 de acqu. v. om. hered.: „Julianus libr. XXVI. Dig. scripsit, si pupillus paterna hereditate se abstinuisset, deinde ei aliquis heres extitisset, non esse eum compellendum creditoribus paternis respondere, nisi substitutus ei fuit; inclinat enim in hoc, ut putet substitutum etiam patris onera subiturum. Quae sententia a Marcello recte notata est; impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem, metu enim onerum patris timidius quis etiam impuberis hereditatem adibit." Die hiernach von Julian angenommene, von den spätern Juristen verworfene Ansicht wird auch ausführlich vertheidigt von Javolen in l. 28 de reb. auct. jud. poss. (42, 5). Eine Vereinigung beider Stellen durch Interpretation halte ich für unmöglich; da aber die Meinung Javolen's und Julian's ausdrücklich verworfen ist („quae sententia a Marcello recte notata est"), so kann es keinen Zweifel leiden, daß im Sinne der Justinianischen Gesetzgebung nur die l. 42 cit. auf praktische Geltung Anspruch machen kann. Vgl. meine Pand. Bd. II. §. 454 Anm. 6. Aufl. S. 215. fgg. und die dort Angeff.

ganz dieselben Argumentationen von beiden streitenden Theilen angewendet wurden. Auch bei diesem zweiten Falle ging Julian von dem zivilrechtlichen Prinzip aus, daß der Pupillar-Substitut Erbe des Vaters sei, und also durch die Antretung ex substitutione nothwendig die väterliche Erbschaft erwerbe;[42] aber auch hier wurde dies von Marcellus und Ulpian durch die Nachweisung entkräftet, daß man damit gegen den Zweck und den Geist des prätorischen Edikts über Abstention verstoße, indem man darnach die väterliche und die pupillare Erbschaft von einander trennen, und den Pupillar-Substituten ausschließlich als Erben des Unmündigen ansehen müsse.[43]) Wenn nun hiernach bei Beurtheilung dieses zweiten Falls ganz dieselben Zweifels- und Entscheidungs-Gründe Platz greifen, wie in dem oben näher betrachteten Falle: so kann es keinen Zweifel leiden, daß dabei auch in Betreff der Legate und in Betreff der Berechnung der Falzidischen Quart ganz dieselben Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, obwohl davon in den Gesetzen nicht besonders die Rede ist. Auch in diesem zweiten Falle muß also der Pupillar-Substitut, obwohl er von der väterlichen Erbschaft gar nichts erhält, die in secundis tabulis aufgelegten Legate auszahlen, und bei Berechnung der Falzidischen Quart das eigene Vermögen des Unmündigen zu Grunde legen.[44]) —

---

42) Ganz so argumentirt Javolen in l. 28 cit.: „At quum substitutus filio hereditatem adiit, tunc hereditas et patris et filii una est, et in omni aere alieno, quod aut patris aut filii fuerit, etiam invitus heres obligatur; et quemadmodum liberum ei non est post obligationem, ut non omnimodo, si non defenditur, ipsius bona veneant, ita ne separare quidem aes alienum patris et filii poterit."

43) So Marcellus in l. 42 cit.: „impugnat enim utilitatem pupilli, qui ipse saltem potest habere successorem."

44) Dies wird auch mit größtem Rechte von Huschke a. a. O. S. 104 angenommen. — Es kann wohl keinen Zweifel leiden, daß in den Fällen, in welchen nach den obigen Ausführungen die in einem Pupil-

So gibt es denn allerdings einige Fälle, in denen das, im Uebrigen mit strenger Konsequenz durchgeführte, Prinzip der ganzen hier behandelten Lehre: „daß die in secundis tabulis hinterlassenen Vermächtnisse als Belastungen der väterlichen Erbschaft anzusehen sind, und demgemäß die Falzidische Quart nur aus der väterlichen Erbschaft zu berechnen ist", von den römischen Juristen verlassen worden ist, aber es geschah dies nicht willkührlich, sondern nur in solchen Fällen, in denen der Geist eines prätorischen Instituts die Hintansetzung jenes zivilrechtlichen Prinzips dringend verlangte. —

IV.

Zum Schluß unsrer Erörterungen haben wir noch den besondren Fall in's Auge zu fassen, wenn der Vater mehrere unmündige Kinder zu Erben eingesetzt, und für sämmtliche einen und denselben Pupillar-Substituten ernannt hat (s. oben Bd. XXXVI. S. 225). Die bisherigen Entwicklungen, und namentlich die Darstellung des dritten Hauptfalls (wenn ein Miterbe des Pupillen demselben pupillariter substituirt ist, vgl. Bd. XXXVI. S. 325 fgg.), welcher dem jetzt noch zu behandelnden Falle in vielfacher Beziehung ähnlich ist, setzen uns in den Stand, diesen letzten Fall auch ohne spezielle Quellen-Zeugnisse mit voller

---

lar-Testamente hinterlassenen Vermächtnisse ausnahmsweise nur als Belastungen der Pupillar-Erbschaft angesehen werden dürfen, dieser veränderte Gesichtspunkt, auch abgesehen von der Berechnung der Falzidischen Quart, noch anderweite Wirkungen äußern muß, und zwar namentlich in Betreff des dies legati cedens. Während der Regel nach bei allen in einem Doppeltestamente hinterlassenen Vermächtnissen der dies legati im Augenblicke des Todes des Vaters zedirt (s. oben Bd. XXXVI. S. 222 Not. 6): so darf dies in jenen Fällen gewiß nicht angenommen werden, sondern hier kann nur der Tod des Pupillen in Betracht kommen, und wenn also ein solcher Legatar zwar nach dem Tode des Vaters, aber noch bei Lebzeiten des Pupillen verstirbt, so kann von einer Transmission des Vermächtnisses auf die Erben keine Rede sein.

Sicherheit zu entscheiden, und in der That sind wir dabei zum weit größten Theil auf eine solche Konstruktion aus allgemeinen Prinzipien angewiesen, da wir nur eine einzige Pandekten-Stelle haben, welche unsren Fall ex professo behandelt, und diese überdies so beschaffen ist, daß wir darin unmöglich eine erschöpfende Entscheidung desselben erblicken können.

Es kommen hierbei im Wesentlichen folgende Sätze, deren Beweis in den früheren Abschnitten dieser Abhandlung enthalten ist, in Betracht:

1) Auch in unsrem Falle versteht es sich ganz von selbst, daß das zivile Prinzip: pater de suo legat durchgreifend angewendet werden muß, und der Substitut also niemals verpflichtet ist, dasjenige Vermögen eines Pupillen, welches nicht aus der väterlichen Erbschaft herstammt, zur Deckung der Vermächtnisse anzuwenden, oder bei dem Abzug der Quart zu berücksichtigen, und zwar ist dies ganz eben so wahr bei denjenigen Vermächtnissen, welche dem Substituten selbst aufgelegt sind, wie bei denjenigen, womit der Pupill belastet ist.[45])

2) Die dem Pupillen aufgelegten Vermächtnisse sind ausschließliche Belastungen der Pupillar-Portion, und der Substitut braucht dieselben niemals in einem weiteren Umfange zu prästiren, wie der Pupill selbst; er schuldet sie ja nur nomine defuncti pupilli, und es kann also namentlich denselben niemals zu Gute kommen, daß der Substitut nicht blos auf die Pupillar-Portion beschränkt bleibt, sondern außerdem auch noch einen andren Theil der väterlichen Erbschaft erwirbt.[46])

45) S. oben Bd. XXXVI. S. 221 fgg.

46) L. 87 §. 4 ad leg. Falcid.: „non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat, quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli;" l. 11 §. 5 eod.: „substitutus, quae a pupillo relicta sunt, quum filius heres extitit, ut aes alienum quodlibet debet." S. oben Bd. XXXVI. S. 325 fgg.

3) Auch die dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse sind als unmittelbare Belastungen der Pupillar-Portion aufzufassen; es sind Vermächtnisse, welche bedingungsweise auf diese Portion gelegt sind, und wenn die Bedingung eingetreten ist, so sind dieselben zum Zweck der Berechnung der Falzidischen Quart mit den dem Pupillen aufgelegten Vermächtnissen zusammen zu werfen und für sie sämmtlich die Quart aus der Pupillar-Portion zu berechnen („in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari"). Daß in Folge dieser Zusammenrechnung der Betrag der Pupillar-Vermächtnisse wesentlich gemindert werden kann, daß also der Substitut leicht möglich viel weniger an die Pupillar-Legatare entrichten muß, als der Pupill selbst, versteht sich von selbst.[47])

4) Die dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse sind aber nicht blos Belastungen der einzelnen Portion, auf welche sie unmittelbar gelegt sind, sondern sie sind auch, da der Substitut sie suo nomine schuldet, als Belastungen der ganzen väterlichen Erbschaft, so weit dieselbe an den Substituten gekommen ist, anzusehen, woraus von selbst hervorgeht, daß derselbe diese seine eigenen Legatare immer aus dem gesammten an ihn gekommenen väterlichen Nachlaß befriedigen muß, und er ihnen gegenüber immer nur einen Anspruch auf die Quart aus dieser Gesammterbschaft geltend machen kann.[48])

Dies sind die wesentlichen Elemente, aus welchen die Entscheidung unsres Falls konstruirt werden muß, und zwar soll dies in der folgenden Darstellung zunächst ohne alle Rücksicht auf die zahlreichen abweichenden Meinungen älterer und neuerer Juristen geschehen, indem diese erst am Schlusse zusammengestellt und soweit nöthig gewürdigt werden sollen. Es sind aber hierbei folgende einzelne Fälle zu unterscheiden:

---

47) S. oben Bd. XXXVI. S. 227 fgg.

48) L. 41 §. 6 de vulg. et pup. subst.; s. oben Bd. XXXVI. S. 345 fgg.

I. Es kann vorkommen, daß blos in primis tabulis Vermächtnisse aufgelegt, also nur die eingesetzten Pupillen mit Vermächtnissen belastet sind. Hier kann es nach dem vorher bei Nr. 2 Bemerkten keinen Augenblick zweifelhaft sein, daß der Substitut für jede der Pupillar-Portionen besonders die Quart berechnet, und auch von einer Verpflichtung zur Einrechnung des Ueberschusses keine Rede sein kann. Wenn also z. B. der Erblasser, welcher ein Vermögen von 400 hinterläßt, seine beiden unmündigen Söhne A. und B. zu gleichen Theilen zu Erben eingesetzt, den A. mit einem Vermächtniß von 300, den B. gar nicht belastet hat, und dann beide Erbschaften an den gemeinsamen Substituten X. fallen: so zahlt dieser, gerade wie A. selbst nur 150 an den Legatar aus, weil ja dieses Legat nur eine ausschließliche Last der Portion des A. ist und der Substitut dasselbe nur im Namen des A. schuldet. Von der Portion des B. braucht er zur volleren Befriedigung dieses Legatars nicht das Mindeste anzuwenden, und er behält also 250 für sich.

II. Wenn umgekehrt blos der Substitut mit Vermächtnissen onerirt ist, sämmtliche Legate also nur in secundis tabulis hinterlassen sind, so versteht es sich nach dem oben bei Nr. 4 Gesagten von selbst, daß hier eine durchgreifende Vereinigung beider Portionen und sämmtlicher Legate Platz greift. Wenn in dem vorher angeführten Beispiele der Erblasser weder dem A. noch dem B., sondern nur dem Substituten X. Vermächtnisse im Betrag von 300 aufgelegt hätte, so müssen diese immer, wenn der Substitut beide Pupillar-Portionen in seiner Person vereinigt, in ihrem vollen Betrage ausgezahlt werden, mag X. als Substitut des A. oder des B. oder in beiden Qualitäten onerirt sein. In Betreff dieser ihm selbst aufgelegten Legate, welche er suo nomine schuldet, verhält es sich ja immer so, wie wenn er unmittelbar auf zwei Portionen des väterlichen Nachlasses unter verschie-

denen Bedingungen eingesetzt wäre;[49]) und wie in diesem letzten Falle eine durchgreifende Vereinigung der Portionen und Legate sich ganz von selbst versteht,[50]) so muß dieselbe auch in unsrem Falle konsequenter Weise angenommen werden. Hierher gehört denn auch der Ausspruch Papinian's in l. 14 §. 2 ad. leg. Falcid. (35, 2):

„Duobus impuberibus substitutum utrique heredem existentem in alterius hereditate Falcidia non uti convenit, si de bonis alterius impuberis quartam partem hereditatis patris, quae ad filios pervenerit, retineat.“

Da hier von einer Quart der gesammten väterlichen Erbschaft die Rede ist, so kann diese Stelle augenscheinlich nur von einer vollständigen Vereinigung beider Portionen verstanden werden, und da eine solche Vereinigung dann, wenn die Vermächtnisse einem der Pupillen aufgelegt gewesen wären, mit den anerkanntesten Prinzipien unsrer Lehre in unvereinbarem Widerspruche stünde, so müssen wir hier unzweifelhaft eine Belastung des Substituten supponiren. Offenbar hielt Papinian es für überflüssig, diese Voraussetzung besonders hervorzuheben, weil sie sich aus dem ganzen Inhalt der Stelle völlig von selbst verstand. Bei Legaten, welche einem der Pupillen aufgelegt werden, und welche der Substitut nur nomine pupilli schuldet, konnte kein römischer Jurist daran denken, von einer quarta pars hereditatis patris zu reden, indem hier schlechterdings nur die Quart der einzelnen überlasteten Pupillen-Portion in Betracht kommen konnte (Not. 46); aber bei Legaten, welche dem Substituten in seiner Eigenschaft als Substituten des einen Pupillen aufgelegt waren, war die Entscheidung nicht so zweifellos, und diesen, allein problematischen Fall entscheidet nun Papinian konsequent dahin,

---

49) L. 41 §. 6 de vulg. et pup. subst.

50) L. 1 §. 13, l. 11 §. 7, l. 87 §. 3 ad leg. Falcid.; siehe oben Bd. XXXVI. S. 318.

daß der in einer seiner beiden Qualitäten überlastete Substitut diesen seinen Legataren gegenüber doch nur einen Anspruch auf die Quart der kombinirten Portion machen könne, und daß er ihnen also nichts abziehen dürfe, wenn er aus beiden Portionen zusammengenommen diese Quart frei habe.

III. Wenn sowohl in primis wie in secundis tabulis Vermächtnisse hinterlassen sind, so ist dieser Fall ganz dem früher behandelten analog, wenn ein Miterbe des Pupillen demselben substituirt ist, und sowohl der Pupill wie der Substitut mit Vermächtnissen onerirt sind, vgl. oben Bd. XXXVI. S. 353 fgg. Es müssen also auch hier ganz eben so, wie in jenem früher näher besprochenen Falle, und ganz aus denselben Gründen, zwei verschiedene Prozeduren unterschieden werden. Um das Quantum der zu leistenden Pupillar-Vermächtnisse zu bestimmen, müssen die dem einzelnen Pupillen und die dem Substituten in seiner Qualität als Substituten dieses Pupillen aufgelegten Vermächtnisse zusammengerechnet, und dafür dann die Quart aus dieser fraglichen Pupillar-Portion berechnet werden. Was aber die Substitutions-Vermächtnisse anbelangt, so sind diese immer aus beiden Portionen zusammen zu entrichten, und der Substitut kann ihnen nur dann einen Abzug machen, wenn ihm die Quart der beiden kombinirten Portionen nicht frei bleiben sollte. Zu schärferer Einsicht sollen hier die einzelnen möglichen Fälle unterschieden werden, und zwar ist dies um so nöthiger, da doch einige derselben nicht ohne Eigenthümlichkeit sind.

1) Wenn nur Einem der beiden Pupillen und dem Substituten gerade in seiner Eigenschaft als Substituten dieses Pupillen Vermächtnisse aufgelegt sind, so kommen die beiden vorher angedeuteten Prozeduren in voller Reinheit zur Anwendung. Der Pupillar-Legatar hat nur einen Anspruch auf die Quart der Pupillar-Portion, und muß sich dabei noch die Konkurrenz des Substitutions-Legatars gefallen lassen; der letztre aber verlangt seine Befriedi-

gung aus der ganzen an den Substituten gelangten väterlichen Erbschaft, also auch aus der andren nicht belasteten Pupillar-Portion, und der Substitut kann ihm gegenüber nur Anspruch auf Zurückbehaltung der Quart der kombinirten Portionen machen. Nehmen wir an, daß in dem bisher zu Grunde gelegten Beispiele der Pupill A. mit einem Vermächtnisse von 100 an Aa., X. als Substitut des A. mit einem Vermächtniß von 200 an den Xa., der Pupill B. aber gar nicht belastet ist: so zahlt X. an den Pupillar-Legatar nur 50 aus,[51]) während der Substitutions-Legatar seine vollen 200 erhält.[52]) Nehmen wir aber etwa an, daß X. nicht 200, sondern 300 an den Xa. geben sollte, so bekäme Aa. nur $37\frac{1}{2}$, Xa. aber $262\frac{1}{2}$.[53])

2) Wenn nur Einer der beiden Pupillen, und der Substitut in seiner Eigenschaft als Substitut des andren

51) Die Portion des Pupillen A. (= 200) ist durch die ihm selbst, und seinem Substituten aufgelegten Vermächtnisse (100 + 200 = 300) um volle 150 überlastet, und der Substitut hat also an den Aa. nur die Hälfte des ursprünglichen Vermächtnisses, also nur 50 auszuzahlen.

52) Käme auch für die Substitutions-Vermächtnisse nur die eine Portion in Betracht, welche unmittelbar damit belastet ist, so würde nach dem so eben in Not. 51 Bemerkten Xa. nur 100 in Anspruch nehmen können. Da aber der Substitut zur volleren Befriedigung der ihm selbst aufgelegten Vermächtnisse Alles anwenden muß, was aus der väterlichen Erbschaft an ihn gelangt, natürlich salva quarta, so muß er die ganzen 200 auszahlen, da ihm ja doch noch 150, also mehr wie die Quart der kombinirten Portionen $\frac{(200+200)}{4} = 100$), verbleiben.

53) Die Portion des A. (= 200) ist durch die beiden darauf gelegten Vermächtnisse (100 + 300 = 400) um 250 überlastet, und $\frac{1}{4}$ dieser Summe, also $\frac{250}{4} = 62\frac{1}{2}$, muß dem Pupillar-Legatar Aa. abgezogen werden, so daß dieser $100-62\frac{1}{2} = 37\frac{1}{2}$ bekommt. Wäre der Substitutions-Legatar blos auf die überlastete Pupillar-Portion angewiesen, so müßte ihm $\frac{3}{4}$ jener Summe, also $187\frac{1}{2}$ abgezogen werden, so daß er Statt 300 nur $112\frac{1}{2}$ bekäme; da aber auch die andre freie Portion, welche der Substitut noch aus der väterlichen Erbschaft erhält, zu dessen Befriedigung angewendet werden muß, so hat er noch einen weiteren Anspruch auf 150, so daß er nun $112\frac{1}{2} + 150 = 262\frac{1}{2}$ zu fordern hat.

Pupillen mit Vermächtnissen belastet sind: so sind hier vollständig die Grundsätze anzuwenden, welche wir früher für den Fall kennen gelernt haben, wenn einem Pupillen und einem substituirten Miterben desselben Vermächtnisse aufgelegt sind (s. oben Bd. XXXVI. S. 325 fgg.); denn ein mit Vermächtnissen beschwerter Pupillar-Substitut wird ja wie bedingungsweise in primis tabulis instituirt angesehen, und die ihm aufgelegten Vermächtnisse sind so aufzufassen, wie wenn sie in primis tabulis aufgelegt wären. Hält man dies fest, so kann die Entscheidung unsres Falls keine Schwierigkeit machen. Wenn nämlich nur der Pupill überlastet, oder wenn er mehr überlastet ist als der Substitut, so findet getrennte Berechnung der Falzidia Statt, während umgekehrt dann, wenn der Substitut allein oder doch mehr überlastet ist, eine vollständige calculi confusio eintreten muß. Wenn also in unsrem Beispiele der Pupill A. 300 an den Aa. und X. als Substitut des B. 100 an den Xb. auszahlen sollte, so bekommt der Erstre nur 150, der zweite aber seine vollen 100, und X. behält 150 für sich. Wenn aber umgekehrt A. mit 100, X. mit 300 belastet wäre, so erhält Aa. nur 75, Xb. 225, und dem X. verbleiben nur 100.

3) Wenn nur Einer der beiden Pupillen, der Substitut aber in seinen beiden Qualitäten mit Vermächtnissen belastet ist, so verhält sich hier Alles so, wie wenn der Substitut auf die zweite Hälfte der Erbschaft eingesetzt, und dann sowohl von dem Pupillen, als auch von dem Substituten in primis und in secundis tabulis Vermächtnisse hinterlassen wären, und es müssen also hierbei ganz die oben Bd. XXXVI. S. 383 fgg. angedeuteten Grundsätze zur Anwendung kommen. Es müssen demnach, um das Quantum der Pupillar-Vermächtnisse zu bestimmen, die dem Pupillen und dem Substituten als Substituten dieses Pupillen aufgelegten Vermächtnisse konfundirt, und dafür die Quart aus der Pupillar-Portion berechnet werden. Was aber die eigenen Legatare

des Substituten anbelangt, so müssen zu deren Befriedigung immer die beiden Portionen angewendet werden, und der Substitut hat ihnen gegenüber lediglich einen Anspruch darauf, daß ihm die Quart dieser kombinirten Portion verbleibe. Nehmen wir in unsrem Beispiele, daß A. 100 an den Aa., X. als Substitut des A. 200 an den Xa., und als Substitut des B. 100 an den Xb. auszahlen soll, so bekommt Aa. blos 50; die beiden Substitutions-Legatare aber werden ganz gleichheitlich behandelt, und es muß also an sie der noch disponibele Rest (= 250) in dem Verhältniß von 2 zu 1 vertheilt werden, so daß Xa. $166^2/_3$, Xb. $83^1/_3$ erhalten. — Wären jedoch die Legate, welche X. als Substitut des nicht belasteten Pupillen B. zu entrichten hat, größer, als die Summe der Vermächtnisse, womit die Portion des A. onerirt ist, so müssen in Gemäßheit des oben Bd. XXXVI. S. 384 fgg. Bemerkten sämmtliche drei Arten von Vermächtnissen vereinigt, und für sie alle die Quart aus den beiden kombinirten Portionen berechnet werden. Setzen wir z. B., daß A. 50 an den Aa., X. 100 an den Xa. und 250 an den Xb. entrichten soll, so bekommt Aa. nicht seine vollen 50, sondern nur $37^1/_2$, während Xa. 75, Xb. $187^1/_2$ erhalten.

4) Wenn beide Pupillen und der Substitut in einer seiner beiden Qualitäten, mit Vermächtnissen belastet sind, so muß in Folge der bisher entwickelten Grundsätze zunächst für jedes der beiden Pupillar-Vermächtnisse die Quart aus der betreffenden Pupillar-Portion besonders berechnet, und dabei natürlich auch für das eine derselben die Konkurrenz des Substitutions-Legats berücksichtigt werden; dieses Substitutions-Vermächtniß ist aber aus beiden Portionen zu entrichten, und es kann dabei nur die Quart der kombinirten Portion in Abzug gebracht werden. Setzen wir, daß A. 100 an den Aa., B. 100 an den Bb., X. als Substitut des A. 200 an den Xa. bezahlen soll, so erhält Aa. nur 50, während Bb. seine vollen 100, und Xa. 150 bekommt. — Eine kombinirte

Berechnung in der Weise, daß auch die beiden Pupillar-Vermächtnisse konfundirt würden, kann niemals zugelassen werden, da die eine Portion unter keiner Voraussetzung verpflichtet sein kann, die ausschließlichen Lasten der andren tragen zu helfen; wohl aber kann möglicher Weise eine kombinirte Berechnung in der Gestalt erforderlich sein, daß doch auch die Portion des andren Pupillen sich eine Minderung wegen des Substitutions-Legats gefallen lassen muß. Wenn nämlich die Belastung des Substituten größer ist als die Belastung des andren Pupillen, und beide Belastungen zusammen mehr wie $^3/_4$ der kombinirten väterlichen Erbschaft ausmachen: so hat allerdings der Substitutions-Legatar einen Anspruch darauf, daß zu seiner volleren Befriedigung jenem Pupillar-Legatar soviel abgezogen wird, wie wenn der erste Pupill gar nicht onerirt wäre. Nehmen wir z. B. an, daß A. 50 an Aa., B. 50 an Bb., X. als Substitut des A. 300 an den Xa. entrichten soll, so würde, wenn wir von dem zuletzt Bemerkten absehen, und blos unsre obige Berechnung zu Grunde legen, Aa. $21^3/_7$, Bb. seine vollen 50 und Xa. $228^4/_7$ erhalten. Die 50, welche der Bb. anzusprechen hat, dürfen nun auch in keinem Falle gemindert werden wegen des Legats, welches dem andren Pupillen A. aufgelegt ist,[54]) wohl aber wegen des Legats, welches der Substitut X. entrichten soll; denn wäre der A. gar nicht onerirt, sondern nur B. und X. in der angegebenen Weise, so würden in Gemäßheit des oben bei Nr. 2 Bemerkten dem Bb. $7^1/_7$ abgezogen,[55]) und diesen Abzug

---

54) Dies würde der Fall sein, wenn man eine vollständige Zusammenrechnung sämmtlicher Legate eintreten lassen wollte, denn dann würde Aa. nicht blos $21^3/_7$, sondern vielmehr $37^1/_2$ bekommen; auf eben so viel würde Bb. beschränkt, und Xa. erhielte nur 225.

55) Wenn nur der Pupill B. mit 50, und X. als Substitut des Pupillen A. mit 300 belastet wären, so wäre die gesammte väterliche Erbschaft (= 400) durch diese beiden Vermächtnisse (= 350) um 50 überschwert, und diese 50 müßten in dem Verhältniß von 1 : 6 den beiden

muß er sich natürlich auch jetzt gefallen lassen, da ihm das Legat, womit der andre Pupill A. belastet ist, begreiflich eben so wenig nützen wie schaden kann. Das gesammte Resultat in unsrem letzten Beispiele würde demnach sein, daß Aa. $21\frac{3}{7}$, Bb. $42\frac{6}{7}$, Xa. $235\frac{5}{7}$ erhalten.

5) Wenn endlich beide Pupillen und der Substitut in seinen beiden Qualitäten onerirt sind, so versteht es sich nach den bisher entwickelten Grundsätzen von selbst, daß auch hier zunächst die Quart für jedes einzelne der beiden Pupillar-Vermächtnisse aus der betreffenden Pupillar-Portion, und zwar in der Weise berechnet werden muß, daß dabei auch das auf diese Portion gelegte Substitutions-Vermächtniß mit in Rechnung gebracht wird. Die beiden Substitutions-Vermächtnisse haben aber einen gleichheitlichen Anspruch auf Befriedigung aus beiden Portionen, und der Substitut darf ihnen nur dann einen verhältnißmäßigen Abzug machen, wenn ihm die Quart dieser kombinirten Portionen nicht frei bleiben sollte. Wenn also in unsrem Beispiele A. 100 an Aa., B. 50 an Bb., X. als Substitut des A. 150 an Xa., und als Substitut des B. 250 an Xb. entrichten soll: so bekommt in Gemäßheit der erst angeführten Prozedur Aa. nur 60, Bb. nur 25;[56]) die noch disponiblen 215 werden aber in dem Verhältniß von 3 : 5 unter Xa. und Xb. vertheilt, so daß der Erste $80\frac{5}{8}$, der Zweite aber $134\frac{3}{8}$ erhalten. — Daß sämmtliche Legate jemals konfundirt würden, ist aus demselben Grunde unzulässig, wie in dem Falle bei Nr. 4,

---

Legataren abgezogen werden, so daß demnach Bb. $\frac{50}{7} = 7\frac{1}{7}$ einbüßen würde.

56) Die Portion des A. (= 200) ist durch die beiden darauf gelegten Vermächtnisse (100 + 150) um 100 überschwert und hiervon müssen $\frac{2}{5}$ (= 40) dem Aa. abgezogen werden, so daß dieser statt 100 nur 60 erhält. Die Portion des B. aber ist durch die beiden Vermächtnisse im Betrag von 50 und 250 um 150 überlastet, und davon ist $\frac{1}{6}$ (= 25) dem Bb. in Abzug zu bringen, so daß diesem statt 50 nur 25 auszuzahlen sind.

weil nämlich ein Zusammenwerfen der beiden Pupillar-Vermächtnisse unter keiner Voraussetzung gerechtfertigt werden kann. Wohl aber kann es geschehen, daß drei dieser Legate zusammengezählt werden müssen, ein Pupillar- und die beiden Substitutions-Vermächtnisse, und zwar ist dies dann der Fall, wenn eines der beiden Substitutions-Legate größer ist als der Kompler der beiden auf die andre Portion gelegten Vermächtnisse, und dann überdies die Summe dieser sämmtlichen Legate mehr wie $^3/_4$ der ganzen an den Substituten gelangten väterlichen Erbschaft ausmacht. Nehmen wir z. B. an, daß A. mit 50. an den Aa., B. mit 100 an den Bb., X. als Substitut des A. mit 100 an den Xa., und als Substitut des B. mit 200 an den Xb. onerirt ist: so würde in Gemäßheit der oben zuerst angedeuteten Berechnung Aa. 50, Bb. 50, Xa. $66^2/_3$, Xb. $133^1/_3$ erhalten. Wäre aber B. gar nicht belastet, so müßten nach den Ausführungen bei Nr. 3 die dem Pupillen A. und die dem Substituten X. in seinen beiden Qualitäten aufgelegten Legate konfundirt, und in Folge davon das Pupillar-Legat an den Aa. um $7^1/_7$ vermindert werden. Da die Onerirung des andren Pupillen B. ihm in keinem Falle nützen kann, so muß er sich diesen Abzug auch jetzt gefallen lassen, und dieser kommt dem Xa. und dem Xb. in dem Verhältniß von 1 : 2 zu Gute, so daß jetzt im Ganzen erhalten Aa. $42^6/_7$, Bb.50, Xa. $69^1/_{21}$, Xb. $138^2/_{21}$. —

Dieses sind die Grundsätze, welche m. E. für unsren dritten Hauptfall — wenn ein und derselbe Pupillar-Substitut die Portionen mehrerer eingesetzten Pupillen in seiner Person vereinigt — aufgestellt werden müssen. Es sind lediglich konsequente Folgerungen aus den Prinzipien, welche über die Legate aus Doppeltestamenten und über die Berechnung der Falzidia bei solchen Legaten in den früheren Abschnitten dieser Abhandlung entwickelt worden sind, und ist es mir dort gelungen, den Beweis für die Richtigkeit dieser Prinzipien zu liefern, so muß man auch den hier daraus gezogenen Konsequenzen beistimmen, ob-

wohl sich dafür keine speziellen Quellen-Zeugnisse anführen lassen. Sehr abweichend sind freilich die Ansichten unsrer Rechtslehrer, von denen die bedeutenderen hier noch in Kürze zusammengestellt werden sollen:

1) Die von den älteren Juristen fast einstimmig angenommene, und auch noch von der Mehrzahl der neueren Juristen vertheidigte Meinung geht dahin, daß in unsrem Falle immer sämmtliche Vermächtnisse zu konfundiren seien, und für alle gemeinsam die Quart aus beiden kombinirten Portionen berechnet werden müsse, einerlei, ob dieselben nur den Pupillen oder nur dem Substituten oder Beiden aufgelegt seien.[57] Man beruft sich dafür theils auf den scheinbar generellen Ausspruch Papinian's in l. 14 §. 2 ad leg. Falcid.,[58] theils auf den angeblich allgemeinen Grundsatz, daß Pupillar-Substituten „subductis personis pupillorum revocandi sunt ad intellectum institutionis";[59] denn wenn man in Folge dieses Grundsatzes den Substituten als auf beide Portionen

57) Schon Cujacius beruft sich hierfür auf ein schol. des Cyrillus ad Basil. XLI. 1. 14 (bei Fabrot. V. p. 414 schol. l, bei Heimb. IV. p. 98 schol. 4): „Si quis separatim singulis duobus impuberibus substitutus sit, communiter tractatur Falcidia (κοινῶς τρακταΐζεται ὁ φαλκίδιος), si vero ultimo morienti, separatim", und auch der Glosse ad l. 14 §. 2 ad leg. Falcid. liegt dieselbe unbedingt zu Grunde. Unter den Späteren sind hervorzuheben: Balduin. disput. I. ex Papiniano c. 9 (in Heinecc. jurispr. Rom. et Att. I. p. 961 sq.), Govean. comm. ad leg. Falcid. ad l. 14 §. 2 h. l. (opp. Lugd. 1562 p. 191). Cujac. in libr. IX. Respons. Papin. ad l. 14 §. ult. ad. leg. Falcid. (opp. IV. p. 1220 sqq.), Retes opusc. libr. VII. c. 5 consect. II. (in Meerm. thes. VI. p. 370), Carvalho de una et altera quarta deduc. P. III. §. 97 sqq. p. 178 sq., Papillon. de substit. pup. c. 8 (in Otton. thes. IV. p. 746), Pothier. Pand. Justinian. XXXV. 2 nr. 70, Voet. comm. ad Pand. XXXV. 2 §. 23 fin., Bernstorff de rat. leg. Falcid. §. 38 p. 147, Huschke a. a. O. VII. S. 219 fgg., Herrmann a. a. O. S. 419. S. 429 fg. Vgl. auch Thibaut Syst. §. 916 (9. Ausg. §. 935), Schweppe Hdb. Bd. V. §. 905, Wening Lehrb. Buch V. §. 225 u. A. m.

58) S. oben S. 363.

59) l. 11 §. 6 ad leg. Falcid.; vgl. l. 87 §. ult., eod.. l. 41 §. 6 de vulg. et pup. subst. (28, 6).

instituirt ansehen müsse, so verstehe es sich ja von selbst, daß eine vollständige calculi confusio Platz greife. Ich habe aber schon wiederholt im Laufe dieser Abhandlung darauf aufmerksam gemacht, daß die Zurückführung des Pupillar-Substituten auf eine bedingte prinzipale Einsetzung in dem väterlichen Testamente nur den eigenen Legataren des Substituten gegenüber innerlich begründet, und daß sie auch nur in dieser Richtung in den Gesetzen ausgesprochen ist,[60] während dann, wenn es sich um Legate handelt, die dem Pupillen aufgelegt sind, immer nur der Gesichtspunkt entscheidet, daß der Substitut diese nur nomine defuncti pupilli, also als Erbe des Pupillen, und folglich niemals in einem weiteren Umfange, wie der Pupill selbst, schuldet.[61] Die Annahme, daß in unsrem Falle stets, ohne alle Unterscheidung zwischen Pupillar- und Substitutions-Vermächtnissen, eine Zusammenrechnung der Portionen und Legate Platz greifen müsse, widerspricht demnach ganz entschieden den leitenden Prinzipien der ganzen Lehre, und da diese ihre Ausbildung nur der Konstruktion der römischen Juristen verdankt, so sind wir m. E. ohne alles Bedenken berechtigt, den Ausspruch Papinian's, trotz seiner scheinbaren Allgemeinheit, auf einen solchen Fall zu beschränken, daß die Entscheidung desselben mit jenen allgemeinen Prinzipien in Einklang steht (s. oben S. 363).

2) Einen Fortschritt zu richtigeren Ansichten finden wir bei Voorda,[62] indem dieser die so wesentliche Unterscheidung zwischen Legaten, die dem Pupillen und die dem Substituten aufgelegt sind, doch wenigstens nicht ganz ignorirt, obwohl er freilich den richtigen Punkt nicht zu treffen weiß. Voorda unterscheidet nämlich, ob blos der Substitut onerirt sei, oder ob auch einem oder beiden

---

60) Vgl. z. B. Bd. XXXVI. S. 346 Not. 47, u. bes. S 351 fgg.
61) S. oben Not. 46.
62) Comm. ad leg. Falcid. c. XI. §. 11 p. 298 sq.

Pupillen Vermächtnisse aufgelegt seien. Im ersten Falle müsse allerdings eine vollständige commixtio eintreten, weil hier, aber auch nur hier, die revocatio ad intellectum institutionis Platz greife; im zweiten Falle aber müsse getrennte Berechnung eintreten, indem das, was der Substitut blos im Namen eines der Pupillen schulde, unmöglich mit denjenigen Vermächtnissen zusammengezählt werden könne, welche durch Onerirung des andren Pupillen oder des Substituten auf die andre Portion gelegt seien; jedoch müsse auch in diesem zweiten Falle eine Einrechnung des Ueberschusses Statt finden, weil ja doch der Substitut jedenfalls beide Portionen jure hereditario erworben habe.[63] Augenscheinlich leidet aber die Entscheidung dieses zweiten Falls an einem zwiefachen Fehler, nämlich einmal, daß Voorda nicht erkennt, daß dann, wenn Pupillar- und Substitutions-Vermächtnisse zusammentreffen, die allgemeinen Prinzipien eine doppelte Prozedur nöthig machen, die eine, um das Quantum der Pupillar-, und die andre, um das Quantum der Substitutions-Vermächtnisse festzustellen (s. oben S. 364fgg.), und zweitens, daß Voorda hier immer eine Einrechnung des Ueberschusses statuirt, wofür sich schlechterdings gar kein innerer Grund auffinden läßt. Es ist wiederholt in den früheren Erörterungen darauf hingewiesen worden, daß die Pupillar-Legatare in keinem Falle größere Ansprüche an den Substituten, wie an den Pupillen selbst machen können, und daß also der Substitut, welcher außer jener Pupillar-Portion noch eine andre Portion der väterlichen Erbschaft erwirbt, diesen Legataren gegenüber niemals weder zu

63) Genau dieselbe Ansicht, aber wie es scheint unabhängig von Voorda, vertheidigt auch Roßhirt Vermächtn. Bd. I. S. 536. Auch er nimmt zuerst allgemeine Einrechnung des Ueberschusses an, und fährt dann fort: „Wären die Legate gar nicht den Pupillen auferlegt, sondern alle allein dem Substituten, so muß er die Erbschaften zusammen werfen, denn hier wird der doppelte Substitut so angesehen werden müssen, wie wenn er Institut wäre.“

einer vollständigen commixtio, noch auch zu einer Einrechnung des Ueberschusses verpflichtet sein kann. Der Grund, welchen Voorda anführt, weil doch der Substitut beide Portionen jure hereditario habe, ist völlig irrelevant; wenn ein eingesetzter Pupill mit Vermächtnissen überlastet und ein Miterbe, welchem keine Vermächtnisse aufgelegt sind, demselben pupillariter substituirt ist: so hat der Substitut auch beide Portionen jure hereditario, aber dennoch ist es den römischen Juristen nicht eingefallen, ihn deßhalb zur Einrechnung des Ueberschusses zu verpflichten, sondern „non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat.“ [64])

3) Pfordten [65]) stellt den Grundsatz auf, daß der Regel nach immer eine getrennte Berechnung der Falzidia Statt finde, jedoch der Ueberschuß der einen Portion den Mangel der andren decken müsse; wenn aber dem Substituten in beiden Pupillar-Testamenten Legate aufgelegt seien, so trete vollständige Vereinigung ein, einerlei, ob auch die Pupillen onerirt seien oder nicht. [66]) Einer besondren Widerlegung bedarf diese Ansicht nicht. Von einer Einrechnung des Ueberschusses, welche Pfordten eben so wie Voorda annimmt, kann, wie wir oben gesehen haben, keine Rede sein, [67]) und was die Unterscheidung

---

64) l. 87 §. 4 ad leg. Falcid. S. oben Bd. XXXVI. S. 325 fgg.

65) A. a. O. S. 89 fgg.

66) Mit Pfordten stimmt auch Sigmund a. a. O. S. 33 fg. wenigstens insofern überein, daß auch er die getrennte Berechnung der Falzidia und die Verpflichtung zur Einrechnung des Ueberschusses als Regel annimmt. Dagegen hebt er den einen von Pfordten angenommenen Fall einer vollständigen Vereinigung nicht besonders hervor, und scheint also in demselben auch nur jene Regel eintreten lassen zu wollen.

67) Pfordten a. a. O. beruft sich für jene Einrechnung des Ueberschusses noch besonders darauf, weil in unsrem Falle dieselbe Billigkeit dafür spreche, wie in dem Falle der l. 87 §. 5 ad leg. Falcid. In diesem Gesetze ist aber von dem wesentlich verschiedenen Fall die Rede, wenn ein suo nomine überlasteter Pupillar-Substitut eine legatenfreie Pupillar-Portion erwirbt, und für diesen Fall ist gar nicht Einrechnung

zwischen den beiden Fällen, ob der Substitut in beiden Testamenten onerirt ist oder nicht, anbetrifft, so ist dieselbe nichts als eine Konsequenz des willkürlichen, weder in den Gesetzen noch in der Natur der Sache begründeten Prinzips, daß sämmtliche Portionen stets dann vollständig vereinigt werden müßten, wenn der Substitut von mehreren Portionen Legate auf eignen Namen schulde.[68])

4) Hoffmann[69]) geht von den völlig richtigen Prämissen aus, daß rücksichtlich der den beiden Pupillen auferlegten Legate die beiden Erbschaften getrennt zu betrachten seien, daß aber in Betreff der von dem Substituten hinterlassenen Vermächtnisse auf den ganzen Bestand der den beiden Pupillen hinterlassenen Erbschaft gesehen, und von dieser die Quart abgezogen werden müsse; und aus diesen Prämissen entscheidet er auch die beiden Fälle, wenn blos den Pupillen, oder blos dem Substituten Vermächtnisse aufgelegt sind, vollkommen richtig dahin, daß die Quart im ersten Falle stets für jede Portion besonders, im zweiten aber immer aus dem ganzen an den Substituten gekommenen Nachlaß berechnet werden müsse. Was dagegen den weiteren Fall anbelangt, wenn den Pupillen und dem Substituten Vermächtnisse aufgelegt sind, so soll hier nach Hoffmann immer eine confusio cal-

---

des Ueberschusses, sondern vollständige Vereinigung beider Portionen vorgeschrieben! S. oben Bd. XXXVI. S. 331 fgg. Wenn sich Pfordten außerdem noch für jene angebliche Einrechnung des Ueberschusses auf l. 14 §. 2 eod. beruft, so ist schon oben S. 363 fg. bemerkt worden, daß die Ausdrucksweise dieser Stelle nicht sowohl auf eine Einrechnung des Ueberschusses, als vielmehr auf eine vollständige Zusammenrechnung der Portionen hinweis't, daß darin aber gewiß nur eine Spezialregel für den einen Fall enthalten ist, wenn blos dem Substituten Vermächtnisse aufgelegt sind.

68) Gegen dieses angebliche Prinzip ist zu vergleichen, was oben B. XXXVI. S. 318 fgg. u. S. 369 bemerkt worden ist.

69) A. a. O. S. 357 fgg. Einverstanden hiermit ist auch Arndts in Weiske's Rechtler. B. VI. S. 319. fg.

culi eintreten.[70] Wie aber Hoffmann aus jenen richtigen Prämissen zu dieser letztren Konsequenz gelangen kann, vermag ich hier eben so wenig einzusehen, wie in einem andren ähnlichen, schon früher behandelten Falle, welchen Hoffmann eben so irrig entscheidet;[71] denn bei schärferer Betrachtung kann doch nicht wohl verkannt werden, daß aus jenen Prämissen nicht die Annahme einer kombinirten, sondern vielmehr die Nothwendigkeit einer doppelten Berechnung hervorgeht, wie dieselbe oben S. 364 fgg. im Einzelnen nachgewiesen ist. —

Von dem bisher behandelten Falle — wenn der Vater seine beiden unmündigen Kinder zu Erben eingesetzt, und für beide denselben Pupillar-Substituten ernannt hat — unterscheidet sich wesentlich der andre, wenn der Erblasser die beiden Pupillen instituirt, und einen Pupillar-Substituten „für den zuletzt Sterbenden", oder, was ganz gleichbedeutend ist,[72] unter der Bedingung: „wenn Beide in der Unmündigkeit versterben sollten", ernannt hat. Von diesem Falle handelt Papinian in unmittelbarem Anschluß an den, oben S. 363 erörterten Ausspruch, in l. 14 §. ult. ad. leg. Falcid.:

„Quodsi frater fratri legitimus heres extitit, et impuberi supremo substitutus, portio quidem paternorum bonorum, quam intestatus puer accepit, rationi Falcidiae non confundetur, sed quartam ejus tantum portionis substitutus retinebit, quam impubes accepit, qui substitutum habuit",

und noch genauer in l. 42 de vulg. et pup. subst.:

---

70) Hoffmann spricht allerdings nicht ausdrücklich von einer calculi confusio, sondern er wendet auch hier dieselbe verkünstelte Operation an, die wir bei ihm schon früher in einem andren ähnlichen Fall kennen gelernt haben (s. oben XXXVI. S. 357 Not. 63); aber hier, wie dort, kann es nicht bezweifelt werden, daß diese Operation nichts andres ist, als ein wunderlicher Ausdruck für vollständige Vereinigung.

71) S. oben Bd. XXXVI. S. 377.

72) Huschke a. a. O. VI. S. 380 fgg. will zwar eine Verschiedenheit zwischen beiden Fällen statuiren, aber m. E. ohne Grund, s. unten S. 382 fg.

„Qui duos impuberes filios heredes reliquerat, ita substituit: si ambo mortui essent, deinde pueri post mortem patris simul perierunt; duae hereditates substituto deferuntur. Sed si diversis temporibus vita decedant, in hereditate novissimi pueri, ejus fratris, qui ante mortuus est, hereditatem substitutus inveniet, sed in ratione Falcidiae pueri prioris hereditas non veniet, nec substitutus amplius, quam sescunciam jure testamenti desiderabit; legata quoque, quae a substituto ejus filii data sunt, qui prior intestatus decessit, ad irritum recidunt.“

Hiernach müssen folgende Grundsätze aufgestellt werden.

Wenn beide unmündigen Kinder ganz gleichzeitig versterben, so tritt die Pupillar-Substitution für Beide gleichmäßig in Kraft, nicht blos dann, wenn unter der Bedingung: si ambo mortui essent,[73]) sondern auch dann, wenn „dem zuletzt Sterbenden" ein Pupillar-Substitut ernannt worden ist.[74]) Da hiernach der Substitut die Portionen beider Kinder als Pupillar-Substitut in seiner Person vereinigt, so ist dem Effekte nach Alles gerade so, wie wenn der Erblasser wirklich für Beide denselben Pupillar-Substituten ernannt hat, und es versteht sich also von selbst, daß vollständig alle Grundsätze zur Anwendung kommen müssen, welche in der vorausgegangenen Erörterung für diesen Fall aufgestellt worden sind.

Ganz anders aber verhält es sich in dem andren gewöhnlichern Fall, an welchen der Erblasser auch in der

73) L. 42 cit.: „duae hereditates deferuntur.“

74) L. 34 pr. de vulg. et pup. subst. (28, 6): „Ex duobus impuberibus ei, qui supremus moreretur, heredem substituit; si simul morerentur, utrique heredem esse respondit“, l. 9 pr. de reb. dubiis (34, 5): — — sed superior sententia magis admittenda est, ut utrique heres sit“; vgl. Mühlenbruch im civ. Arch. IV. S. 413 fgg. und die dort Angeff. Daß dann, wenn für den zuletzt versterbenden Sohn nicht ein Pupillar-Substitut, sondern ein Fideikommißerbe ernannt ist, anders, nämlich dahin entschieden wird, daß das ganze Fideikommiß ungiltig sei, l. 34 ad Sc. Trebell. (36, 1), beruht auf guten innern Gründen, s. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 411.

Regel allein denken wird, wenn nämlich die beiden Kinder hinter einander, aber Beide in der Unmündigkeit versterben. Der Gedanke und Willen des Erblassers ist hier offenbar folgender: wenn eines der beiden Kinder stirbt, so soll das Ueberlebende dessen Intestaterbe werden; wenn dann auch noch das zweite stirbt, so soll dessen Erbschaft dem Pupillar-Substituten zufallen. Dieser ist also in einem solchen Falle immer nur einem, nicht beiden Pupillen substituirt, und wenn er auch den andren Theil der väterlichen Erbschaft, auf welchen der erstverstorbene Pupill eingesetzt war, in der Erbschaft des nachverstorbenen vorfindet, so tritt er doch nicht als Pupillar-Substitut in denselben ein, sondern er erwirbt ihn nur so, wie irgend etwas Anderes, was nach dem Tode des Vaters zu dem Vermögen des Pupillen hinzugekommen ist.[75]) Hieraus gehen aber von selbst folgende Sätze hervor:

1) Wir haben oben gesehen, daß die Legate aus Doppeltestamenten nur aus dem väterlichen Nachlaß des Pupillen, wie derselbe im Augenblicke des Todes des Va-

---

75) Vgl. außer l. 14 §. ult. u. l. 42 citt. auch noch l. 37 de vulg. et pup. subst.: „Vel singulis liberis, vel ei, qui eorum novissimus morietur, heres substitui potest; singulis, si neminem eorum intestato decedere velit, novissimo, si jus legitimarum hereditatum integrum inter eos custodiri velit"; l. 9 de reb. dub.: „Dixi, si ordine vita decessissent, priori mortuo frater ab intestato heres erit, posteriori substitutus; in ea tamen hereditate etiam ante defuncti filii habebit hereditatem." — Für den Fall, wenn die Substitution unter der Bedingung: si *uterque* impubes decesserit angeordnet war, nahmen freilich manche römische Juristen an, daß jedem Einzelnen der beiden Unmündigen substituirt sei; Andre aber, und namentlich Sabinus, nahmen an, „substitutionem tunc locum habere, quum uterque decesserit, cogitasse enim patrem, primo decedente, fratrem suum in ejus portionem succedere", und diese letztre Meinung wurde in einer besondren Decision von Justinian gebilligt, l. 10 C. de impub. et al. subst. (6, 26). Für den Fall, wenn die Bedingung lautete: si ambo mortui essent, ist wohl niemals ein Streit unter den römischen Juristen gewesen.

ters beschaffen ist, zu entrichten sind und alles anderweite Vermögen des Pupillen dabei außer allem Betracht bleibt, und daß also natürlich auch bei Berechnung der Quart lediglich der Bestand jener väterlichen, und nicht der Bestand der Pupillar-Erbschaft zu Grunde gelegt werden muß.[76]) Wenden wir diese Regel auf unsren Fall an, so ergibt sich von selbst, theils, daß zur Befriedigung der in dem Doppeltestamente bedachten Legatare blos derjenige Theil des väterlichen Nachlasses zu verwenden ist, auf welchem der letztverstorbene Pupill eingesetzt ist, und nicht auch der andre Theil, welcher nur erst durch Intestatbeerbung des vorverstorbenen Bruders an denselben gelangt ist, und daß also natürlich dieser letztre Theil auch nicht in die Falzidische Quart eingerechnet zu werden braucht; theils, daß der Substitut als solcher nur einen Anspruch auf die Quart desjenigen Theils der väterlichen Erbschaft hat, auf welchen der letztverstorbene Pupill eingesetzt ist, und nicht etwa auf die Quart des ganzen väterlichen Nachlasses, obwohl er allerdings diesen in seiner Person vereinigt. Setzen wir z. B., der Erblasser hat seine beiden unmündigen Kinder A. und B. zu gleichen Theilen in seinen Nachlaß, im Betrag von 400, zu Erben eingesetzt, dem zuletzt Sterbenden den X. pupillariter substituirt, und den Substituten mit einem Vermächtniß von 300 belastet. Wenn jetzt zuerst der A. und dann der B. in der Unmündigkeit versterben, so ist zunächst soviel gewiß, daß die 200, auf welche A. eingesetzt war, niemals zur Befriedigung des Legatars verwendet zu werden brauchen, sondern der Substitut diesen Theil des väterlichen Nachlasses ganz eben so, wie jede andre Erwerbung, die der Pupill B. nach dem Tode des Vaters gemacht hat, frei für sich behält; die Legatare können sich also nur an die andren 200, auf welche der letztverstorbene Pupill B. eingesetzt war, halten, und hiervon zieht der Substitut die

76) S. oben Bd. XXXVI. S. 221. S. 226fgg.

Quart ab, aber natürlich nicht die Quart von dem ganzen väterlichen Nachlaß, welcher beiden Pupillen hinterlassen war, also nicht 100, sondern nur die Quart der Hälfte, auf welche der letztverstorbene B. eingesetzt ist, also nur $^1/_8$ des ganzen Nachlasses $= 50$. Beide Folgerungen werden denn auch in der bestimmtesten Weise in den zwei oben ausgezogenen Papinianischen Stellen anerkannt, die erste in l. 14 cit. verb.:

„portio quidem parternorum bonorum, quam intestatus puer accepit, rationi Falcidiae non confundetur"

und in l. 42 cit. verb:

„sed in ratione Falcidiae pueri prioris hereditas non veniet";

die zweite in l. 14 cit verb:

„sed quartam ejus tantum portionis substitutus retinebit, quam impubes accepit, qui substitutum habuit",

und in l. 42 cit. verb:

„nec substitutus amplius, quam sescunciam [77]) jure testamenti [78]) desiderabit."

2) Das eben Gesagte gilt begreiflich nicht blos von denjenigen Vermächtnissen, welche dem Substituten selbst

---

77) Dies ist die Lesart der Florent., welche offenbar der Vulg. und der Hal.: „sex uncias" vorzuziehen ist. Die Stelle handelt von der Berechnung der Falzidischen Quart, und da ist die Bemerkung, daß diese Falzidia nicht $^1/_4$, sondern nur $^1/_8$ des väterlichen Nachlasses betrage (sescuncia ist eine und eine halbe Unze, also $^1/_{12} + ^1/_{24} = ^1/_8$), ganz am Platze, während der Ausspruch, daß der Substitut nur auf die Institutions-Portion des letztverstorbenen Pupillen substituirt sei, also nur auf $^1/_2$ der väterlichen Erbschaft (sex unciae), zwar ganz richtig ist, aber mit dem unmittelbar vorhergehenden Satze in keinem logischen Zusammenhange steht. Wie übrigens Herrmann a. a. O. S. 419fgg. dazu kommt, den ganzen Passus: „nec substitutus — — desiderabit" als ein störendes, fremdes Einschiebsel ganz zu beseitigen, ist schwer zu begreifen.

78) Damit will Papinian andeuten, daß der Substitut nicht überhaupt auf $^1/_8$ des väterlichen Nachlasses beschränkt ist, sondern daß er als Substitut nur dieses Achttheil, und nicht etwa ein Viertheil, seinen Legataren gegenüber in Anspruch nehmen kann; vgl. auch Huschke a. a. O. VI. S. 382.

aufgelegt sind, sondern auch ganz eben so von denjenigen, mit welchen der letztverstorbene Pupill onerirt ist, und wenn Beide mit Vermächtnissen belastet sind, so tritt natürlich die Regel: in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari ein. Ob in unsrem obigen Beispiele blos der Substitut, oder blos der Pupill B., oder ob Beide onerirt sind, ist, wenn einmal der Substitutions-Fall eingetreten ist, völlig gleichgiltig. Papinian geht auf diesen Punkt in den beiden ausgezogenen Stellen nicht besonders ein, aber er erledigt sich aus den allgemeinen Prinzipien unsrer Lehre ganz von selbst.

3) Wenn der erstverstorbene Pupill mit Legaten belastet war, so versteht es sich ganz von selbst, daß sein Intestaterbe, also der andre Pupill, dieselben genau in demselben Umfange zu entrichten hat, wie er selbst, und diese Verpflichtung dann auch ganz eben so auf dessen Erben, also auf den Pupillar-Substituten übergeht. Dieser zieht demnach solchen Legataren immer die Quart von dem Theil der väterlichen Erbschaft ab, auf welchen der vorverstorbene Pupill eingesetzt war, und von einer etwaigen Verpflichtung, den freien Ueberschuß der andren Portion einrechnen zu müssen, kann unter keiner Voraussetzung die Rede sein.

4) Wenn endlich der Substitut noch besonders für den Fall belastet war, falls er als Substitut des andren — des vorverstorbenen — Pupillen eintreten würde: so versteht es sich ganz von selbst, daß diese Vermächtnisse ganz hinfällig werden, weil die Bedingung, unter welcher sie hinterlassen waren, defizirt, und dies spricht auch Papinian noch besonders in l. 42 cit. aus:

„legata quoque, quae a substituto ejus filii data sunt, qui prior intestatus decessit, ad irritum recidunt.“

Dies setzt aber immer voraus, daß auch wirklich der Substitut gerade für diesen Fall besonders belastet war, indem ohnedies alle ihm aufgelegten Vermächtnisse so aufgefaßt werden müssen, daß er damit als Substitut des

letztverstorbenen Pupillen belastet erscheint. Zwar scheint Cujacius[79]) umgekehrt anzunehmen, daß vielmehr im Zweifel alle dem Substituten aufgelegten Vermächtnisse auf beide Substitutionen vertheilt werden müßten, so daß er als Substitut des einen Pupillen die eine, und als Substitut des andren Pupillen die andre Hälfte zu zahlen hätte; wovon dann die nothwendige Folge wäre, daß stets dann, wenn die beiden Pupillen zu verschiedenen Zeiten stürben, ein Theil der Vermächtnisse als ungültig zusammenfallen müßte. Und auch Huschke[80]) will dies wenigstens dann als Regel annehmen, wenn die Substitution unter der Bedingung: si ambo mortui essent angeordnet sei, während es sich allerdings in dem andren Falle, wenn „dem Letztverstorbenen" substituirt sei, anders verhalte. Aber m. E. muß man sich entschieden dagegen erklären. Der Erblasser, mag er unter der Bedingung: si ambo mortui essent, oder mag er dem Letztverstorbenen substituirt haben, kann sich — abgesehen von dem seltenen Falle, wenn beide Pupillen gleichzeitig versterben sollten — den Substituten immer nur als Substituten eines Pupillen gedacht haben; er hat immer nur eine wirksame Substitution anordnen wollen, entweder für den einen, oder für den andren Pupillen, je nachdem der Andre oder der Eine vorher versterben sollte; und wenn er nun diesen Substituten im Allgemeinen mit Vermächtnissen belastet, ohne zu bestimmen, daß diese Belastung oder ein Theil derselben gerade nur für einen der beiden möglichen Fälle gelten soll: so darf dies doch gewiß nur so aufgefaßt werden, daß dieselbe in ihrer Totalität

79) Cujac. in libr. I. Definit. Papin. ad l. 42 cit. (in opp. IV. p. 1441 sqq.)

80) A. a. O. VI. S. 383 fgg. In Folge seiner Ansicht nimmt Huschke auch an, Papinian habe in l. 42 cit. wohl statt: „legata quoque, quae a substituto" etc. geschrieben: „legata quoque, qua a subst."; eine Konjektur, die ich freilich nach allen Seiten hin für völlig mißrathen ansehen muß.

für jeden der beiden Fälle, es mag der eine oder andre eintreten, aufgelegt sein soll. Eine solche Auflage dagegen auf beide Fälle pro rata zu beziehen, gibt es m. E. gar keinen Grund, eben weil jene Fälle nur alternativ eintreten können. Die Behauptung von Huschke, daß doch dann, wenn unter der Bedingung: si ambo mortui essent substituirt sei, der Wille des Erblassers zunächst darauf gerichtet erscheine, beiden Pupillen zu substituiren, und daß sich gerade dadurch dieser Fall von dem andren unterscheide, wenn „dem letztverstorbenen Pupillen" substituirt worden sei, scheint mir ganz grundlos. Daraus, daß die Bedingung der Substitution lautet: si ambo mortui sunt, kann doch gewiß nicht gefolgert werden, daß auch die Substitution selbst auf Beide zugleich bezüglich sein soll, und ich muß es sehr bezweifeln, daß jemals eine solche subtile Unterscheidung der beiden Ausdrucksweisen im Bewußtsein und Willen eines Erblassers begründet sein sollte. Da nun überdies nach bestimmten gesetzlichen Vorschriften beide Ausdrucksweisen völlig gleich behandelt werden, und zwar beide so, daß, mit Ausnahme des einzigen seltenen Falls, wenn beide Pupillen ganz gleichzeitig versterben, immer nur eine Substitution für einen Pupillen angenommen werden soll:[81]) so müßte man sich gegen die von Huschke angenommene Unterscheidung selbst dann erklären, wenn sie innerlich mehr begründet wäre, wie sie es in der That ist.[82])

---

81) Vgl. die oben in Not. 75 angeff. Stellen.
82) S. auch v. d. Pfordten a. a. O. S. 96fg.